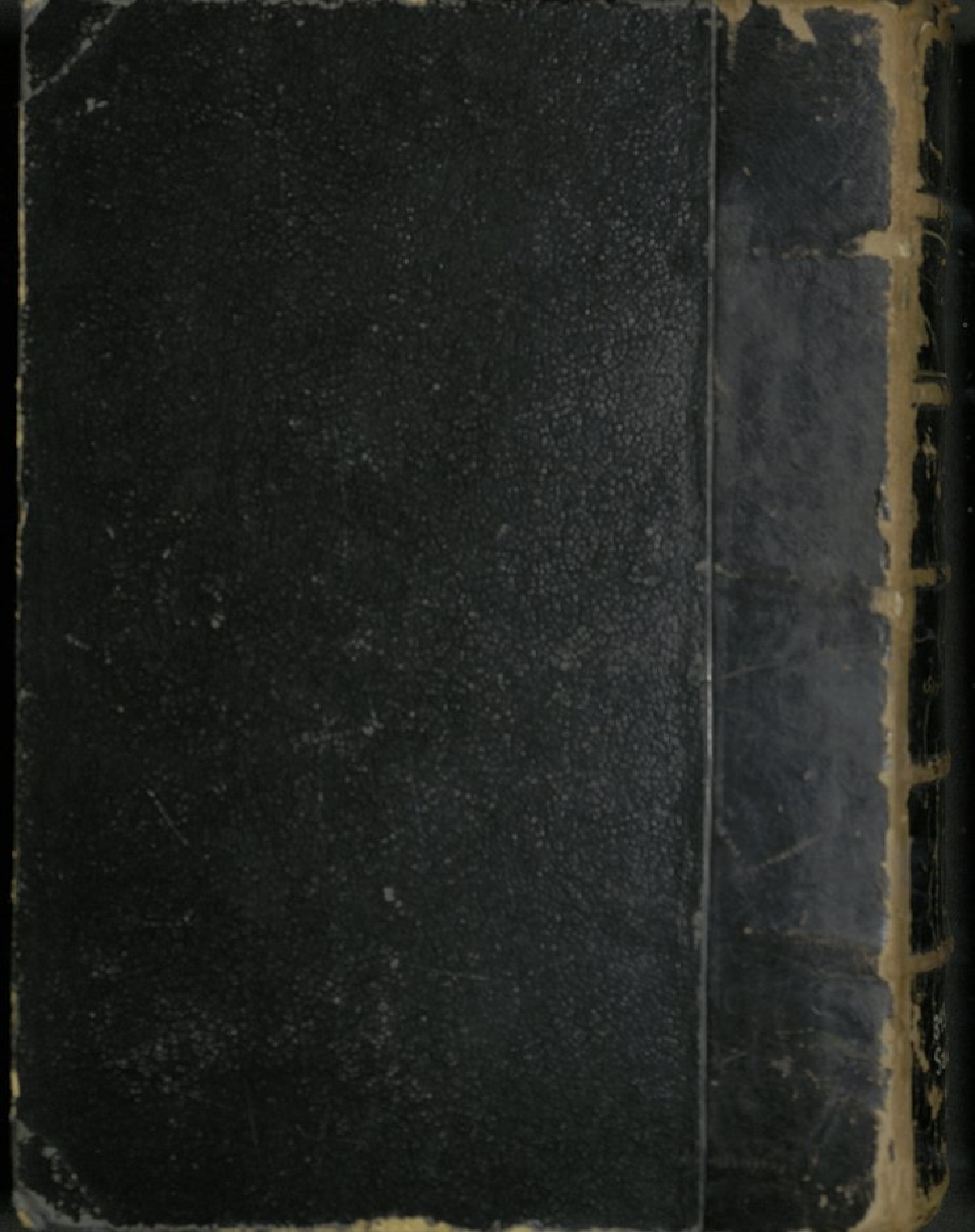
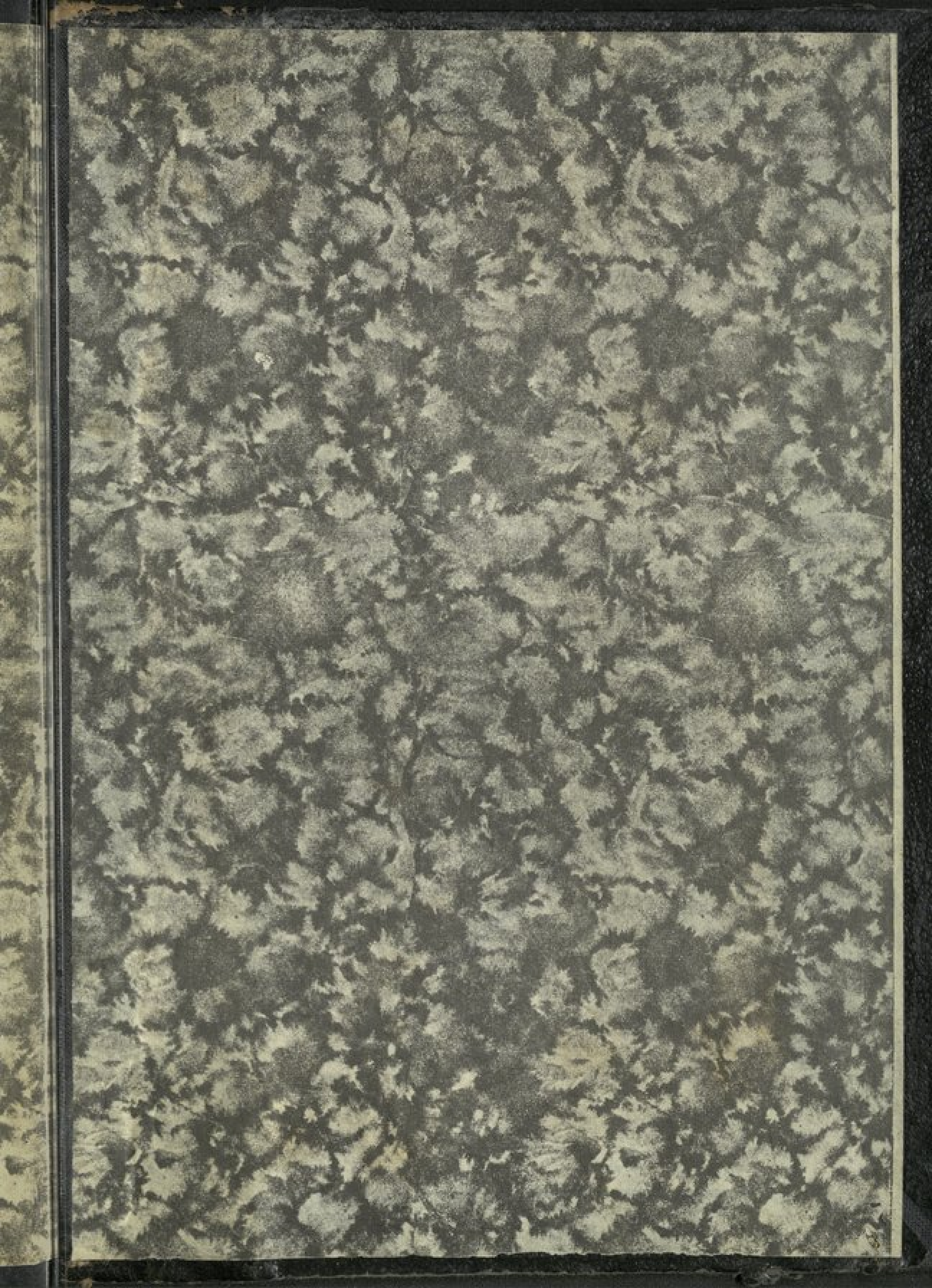






مجموعة

القوانين المصرية المختارة من الفقه الاسلامى

تأليف

محمد احمد فرج السنهوري

الجزء الثالث

فى

قانون الوقف

- ١ -

القاهرة
مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية
٤٠ شارع نوبار باشا (سابقا شارع الدواوين)
١٣٦٨ هـ ١٩٤٩ م

مقدمة

لحضرة صاحب المعالى الدكتور عبد الحميد بدوى باشا

فى

هذا الكتاب وفى القوانين الشرعية

عرفت مؤلف هذا الكتاب من زمن بعيد، وعمل معى حينما اختير للنيابة عن لجنة الأحوال الشخصية عند عرض قانون المواريث على اللجنة التشريعية، فقدرت غزارة علمه، ورجاحة عقله، وقوة حجته، وسعة أفقه، ثم كثر تلاقينا فلم يزدنى ذلك إلا إكباراً لفضله.

وقد علمت منه يوماً اعتزامه التأليف فى القوانين الشرعية التى ساهم فى وضعها فعرضت أن أقدم لكتابه، ويسرنى الآن أن أفعل ذلك، وإن كان الكتاب يشهد لمؤلفه شهادة لا تجحد، ويبرهن على مقدرته الفائقة برهاناً لا يرد.

ولعل قرن الشريعة والقوانين فى مدلول واحد يبدو نابياً، ولكنه مرحلة لم يكن منها بد فى ظروف الحياة الحديثة. وهذه المرحلة هى نهاية المطاف فى تطور العمل بالأحكام الشرعية فى شئون القضاء. فمنذ عمدت تركيا — ومصر على إثرها — إلى إدخال الإصلاحات التى تقوم على اتخاذ التشريعات الأوربية أساساً لتنظيم المعاملات المدنية والتجارية وأحكام العقوبات والإجراءات الجنائية، أصبح ميدان العمل بأحكام الشريعة الإسلامية هو الأحوال الشخصية، وكان من الطبيعى أن تصبح محل تدوين، وقد قامت الحكومات بذلك

فى تركيا وفى مصر ، واقترن بهذا التدوين وضع لائحة للإجراءات لدى المحاكم الشرعية أُلِّفَ فيها بين النظم الشرعية والنظم الوضعية ، ورسم فيها تشكيل المحاكم واختصاصها وطريقة السير فى الدعوى وإجراءات المرافعة وطرق الإثبات وشروط الأحكام ووجوه الطعن فيها ، وما إلى ذلك من مختلف الإجراءات .

ولما كان المذهب المعمول به هو مذهب أبى حنيفة ، قضت اللائحة بأن تصدر الأحكام طبقاً للمدون بهذه اللائحة ولأرجح الأقوال فى ذلك المذهب عدا استثناء صغير . على أن الشكوى قد استفاضت فى وقت من الأوقات من التزام هذا المذهب ، واشتدت المطالبة بأن يختار من المذاهب الأخرى بعض الأحكام الملائمة لمقتضيات العصر ، فصدر أول ما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وهو يعالج بعض مسائل فى شئون النفقة ، والعدة ، والتطليق ، والمفقود . ثم صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وقد أضاف مسائل أخرى إلى تلك المسائل . وفى اللائحة الشرعية الأخيرة ، الصادرة بالقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، أصبحت المادة ٢٨٠ تقضى بأن تبنى الأحكام على أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد . وقد كان هذا إيذاناً بوضع قوانين للمحاكم الشرعية لا تعالج حكماً بذاته بل موضوعاً برمته . وقد كان أول تطبيق لهذه الوجهة الجديدة إصدار قانون للمواريث ، ثم تلاه قانون الوقف ، فقانون الوصية .

وفضل الاتجاه الجديد فى هذه السلسلة من القوانين أنه يسر

الأخذ بالأقوال المرجوحة ، كما يسر التلفيق على مدى واسع بحسب ما يراه ولى الأمر . وليس هذا مقام الخوض فيما أثاره هذا الاتجاه من حركات التأييد أو الاعتراض ، فقد كان ثورة على الحالة القائمة ، ومن طبائع الثورات أن يكون الجدل حولها عنيفاً .

ومن ثمار هذا الاتجاه أنه فى تلك الشئون التى تقع على تخوم الأحوال الشخصية والعينية ، والتى تعنى انتقال الأموال من جيل إلى جيل ، والتى تطبق فيها أحكام الشريعة على المصريين عموماً ، بلا تفريق بين مسلم وغير مسلم ، أنه فى تلك الشئون جميعها أصبحت القواعد المتبعة واضحة المنهج ، ملائمة لروح الزمان والمكان ، ذات انسجام خاص ، واستقلال خرج به الشارع عن جمود الأخذ بأحكام مذهب معين ، ولهذا كله ما بعده فيما يتعلق بتأويل تلك القواعد وتطبيقها .

***

وكان من الواجب أن يؤرخ لهذه القوانين ، كبير من أهل الشرع ، وقد شاءت العناية الإلهية أن يندب صاحب هذا الكتاب نفسه لهذا الغرض ، فقد اجتمع له ما قل أن يجتمع فى آخر من تعمق فى علوم الشرعية ، ومشاركة كبيرة فى علوم القانون ، توجتهما مساهمة جليلة فى وضع تلك القوانين نفسها .

ولم يفت صاحب الكتاب أن يحيط بهذه السلسلة جميعها بسطاً وشرحاً ، وهذا الكتاب ليس إلا جزءاً من كل ، وحلقة من سلسلة تنتظم كل الشئون التى يجرى فيها حكم الشريعة الإسلامية والتى صدرت فيها قوانين أقرها البرلمان . ولا شك فى أن حق العلم هو أن تنشر

السلسلة كاملة ، والمؤلف خليق بأن يعرف هذا الحق وأن يقوم على أدائه .

وأول حلقات هذه السلسلة تاريخ القضاء والتقنين فى الإسلام ومناهج الأئمة فى تفريع الأحكام ، وتحقيق البحث فى تقليدهم والتخير من آرائهم ، والكلام فى التلفيق والأخذ بالضعيف وفيما يتصل بذلك من البحوث . وكل من القارىء والمتعلم يود أن يجد الكلام فى حلقات هذه السلسلة جميعاً فى متناول يده ، ينتقل من واحدة إلى أخرى ، وأن يجد الحلقة الأولى أسبق المؤلفات فى النشر وأدناها إليه ، فهى إن لم تكن مفتاح المؤلفات الأخرى ، فإن فيها تيسيراً لها وتسهيلاً ، ونوراً يسار على هداه .

وللحلقات الأخرى ترتيب منطق لا يتفق مع الترتيب التاريخى لظهور القوانين المتعلقة بها ، وللضرورات من حيث الحاجة إلى تبصير الناس بأحكامها ترتيب آخر ، وهذا الترتيب هو الذى فرض على المؤلف أن يبدأ بأحكام الوقف ، فليس كالوقف شأناً تبلبلت فيه الآراء ، وتعارضت المصالح ، وتنازع الناس فيه واضطربوا ، لذلك كان ميلاد القانون الخاص به عسيراً ، وكانت الحاجة لبيان أغراضه ومراميه وتحرير أحكامه ، أشد من الحاجة لمثل ذلك فى القوانين الأخرى ، وكانت دواعى الاستعجال أقوى .

وهذه الأولوية هى التى أخرت بحثاً للمؤلف فى التعريف بالوقف من نواحيه التاريخية والاقتصادية والتشريعية والقضائية والاجتماعية ، وإن كان هو المقدمة الطبيعية والتصدير الواجب للتعريف بالقانون . وإذا كانت الصعوبات المادية قد حالت دون إظهار المؤلف على وجهه

الصحيح ، فإن الأمل لا يزال وطيداً فى أن تتهيأ له الفرصة لذلك . ولا أخال وزارة العدل يغيب عن نظرها أنها لن تستطيع أن تبر بنفسها وبرجالها وبالجمهور بخير من الإعانة على ظهور ما وضعه ويضعه المؤلف كاملاً وفى أقرب وقت ممكن .

على أن المؤلف أسعفنا بعجالة فى تاريخ الوقف ، وهى وإن كانت خاطفة فيما وقع قبل سنة ١٨٤٥ وموجزة فيما يتعلق بالفترة بين سنتى ١٨٥٤ و ١٩٢٦ ، لا تخلو من بيان وتفصيل فيما يتعلق بالمدة التالية حتى صدور القانون ، فإنه يسمح للقارىء بتعرف التيارات المختلفة التى تناولت وضع القانون وما حدث فيه من أخذ ورد وجذب وشد ، وإذا كنا نستطيع أن نعفى صاحبنا مؤقتاً من بيان ما يعرفه من الحوادث ذات الاتصال الوثيق بالأحياء ، مما يخشى أن يكون فى نشره ما يسىء إليهم ، وأن نتسامح فى الجهل به لأنه يمس أكثر ما يمس تاريخ القانون أو على الأصح التاريخ العام فى ناحيته الاجتماعية ، فإنا نود ألا نعفيه من الإسراع بنشر بقية مؤلفه ، فإن ما بين أجزائه من الوحدة والترابط يبرر لنا ألا نقبل التجزئة فى تقاضى الدين .

وقد بسط المؤلف نهجه فى البحث ، وهو التعقيب على مواد القانون بما تمس إليه الحاجة العملية من إيضاح النص وبيان معناه . ومدى ما يراد منه . وارتباطه بالنصوص الأخرى والتقفية على ذلك بما يتطلبه البحث العلمى من إيراد أقوال الفقهاء ، على حد قول المؤلف « محررة واضحة موجزة » وهو خير وصف لطريقة المؤلف . والحق أن استخلاصه لآرائهم لا آراء من أخذ القانون بأقوالهم وحدهم بل كل ما قيل فى المسألة من آراء ، والجمع فى ذلك بين الوضوح والإيجاز

وحسن العبارة ، ومتانة الأسلوب آية من آيات الكتاب يجعله موسوعة مضغوطة فى موضوع الوقف .

وقد لا يشمل الكتاب أحكام الوقف كلها ، لأن القانون نفسه ليس جامعاً لتلك الأحكام ، ولأن الوقف تحكمه قواعد قد تكون من شئون القوانين الوضعية ، ولأن واضع الكتاب الذى أراد به مصلحة الجمهور فى تعرف الطبيعة الجديدة للوقف ينبغى له أن يسلك طريق التعقيب على المواد لا طريقة الشرح النظرى الجامع . على أن المؤلف أورد من آراء الفقهاء ما يعتبر تكملة لأحكام القانون ، وما بقى من أحكام الوقف مما لم يعرض له القانون ليس بالأمر ذى الخطر إذ أن القانون قد أحاط بأكثر شئون الوقف بغية إصلاحها وتقريبها من مقتضيات العصر .

ولقانون الوقف حياة وسيرة امتلأت نضالاً وجهاداً فى تغليب رأى على رأى ، وفى تقليب وجوه النظر فى المصالح العامة ، وبحثاً فى حوادث الماضى ، وأصول التشريع ، والتشريع المقارن ، وآراء الفقهاء . وتحقيقاً لمختلف المساوىء والشكاوى ، وموازنة بين المصالح المتعارضة . وإنك لواجد فى هذا المؤلف صورة رائعة لتلك الحياة ، وتفصيلاً لتلك السيرة لا تند عنه شاردة .

ولو ذهبت أتعقب شرح المؤلف لمختلف المواد بالتعليق وبيان ما تضمنه الشرح من تقص وإحاطة ، فى دقة ، وحسن عبارة ، ومتانة أسلوب ، وقوة حجة ، وعفة جدل ، لأصبحت كلمتى حاشية على ذلك الشرح .

ولا شك فى أن تقديم شرح قانون الوقف على المقدمة العامة لقوانين المواريث والوصية والوقف اقتضى المؤلف جهداً غير يسير

فى تحقيق أسباب الوضوح لمادة يأخذ بعضها برقاب بعض ويستدعى إدراك الفروع منها تحصيل الأصول واستيعاب درسها . وقد بلغ المؤلف فى ذلك غاية يهنأ عليها ويحمد ، فقد أحال مادة جافة إلى قراءة مشوقة ، وعلم يستهوى النفوس ، ويستغرق الفكر .

وإذا كان للفقه الإسلامى أن يأخذ مكانه من العلوم القانونية ، وأن يعرف نتاجه الخصب ، وما يقوم عليه من قوة استنباط ، وصحة قياس ، وبراعة تدليل ، فإنما يكون ذلك بمثل هذا المؤلف وأضرابه .

ولن أجد لاختتام هذه الكلمة خيراً من رجاء أزجيه إلى وزارة العدل ، هو أن تقوم بنشر هذا المؤلف كاملاً ، فإن تفعل أسدت أجل خدمة للفقه الإسلامى بوجه خاص ، ولعلم القانون بوجه عام .

بسم الله الرحمن الرحيم

أحمدك اللهم ، شكراً لسابغ فضلك ، وجزيل كرمك ، واستتماماً لنعمتك ، واستسلاماً لعزتك ، وأستهديك قريباً هادياً ، وأستعينك قادراً قاهراً ، وأتوكل عليك كافياً ناصراً ، وأصلى وأسلم على رسولك نبىّ الرحمة ، وإمام الأئمة ، جاء بالكتاب المبين ، والسنة المطهرة ، والشريعة السمحة المحكمة ، صلى الله وسلم عليه وعلى آله وصحبه ومن تابعوهم باحسان إلى يوم الدين .

وبعد فقد كنت جندياً من جنود لجنة الأحوال الشخصية ، بذلت فى شوق وإخلاص أقصى ما استطعت فى تحضير أعمالها ، واشتركت فى جلساتها ، وساهمت فى نقاشها وآرائها ، وشاركت فى تحرير مشروعاتها وصوغها ، ثم رافقت تلك المشروعات حينما تدارسها وزراء العدل ، وأثناء نظرها باللجنة التشريعية ، وفى مجلسى البرلمان ، باللجان والجلسات ، ولما نضجت ثمارها ، ودنا جناها ، أحسست أن واجبى لم ينته بعد ، وأنه لايزال علىّ حق يجب أن أؤديه للفقه والقضاء وللأساتذة والطلاب ، ولسائر من يبغون المعرفة ، فوضعت سلسلة من المؤلفات ، اشتملت الحلقة الأولى منها على تاريخ القضاء والتقنين الإسلامى بوجه عام ، وعلى الأطوار التى مرّ بها الإصلاح بالمحاكم الشرعية المصرية من أواخر القرن الماضى إلى أن تم تشكيل لجنة الأحوال الشخصية وبيان منهج هذه اللجنة وطريق تخيرها للأحكام ، وتحقيق الآراء الفقهية فى تقليد الأئمة والتخير من آرائهم ، والصلة بين هذا التخير وما يسمونه التلفيق ، وفى الأخذ بالضعيف ، ورجعية القوانين ، وغير ذلك من البحوث الفقهية التى يجب أن تسبق شروح هذه القوانين كمقدمة علمية لها . وكانت الحلقة الثانية شرح قانون المواريث ، وما يتعلق بأقضية المواريث ، ومقارنة أهم قواعد الإرث

الإسلامية بنظائرها فى الشرائع الأخرى . أما الثالثة فهى شرح هـذا القانون . والرابعة شرح قانون الوصية .

ولما حاولت نشر هـذه السلسلة تباعاً أقعدتنى الظروف المختلفة وفى طليعتها اشتداد الغلاء ، وتحكم الناشرين ، وزهدهم فى نشر مالا يروج رواج الكتب المدرسية والأقاصيص ، فخضعت لحكم الظروف و بقيت رابضاً مترقباً . ولما صدر قانون الوقف ، وأكبت الخاصة والعامة على مدارسته وتفهم مراميه ، وكثرت بشأنه الاستفسارات والاستفتاءات ، حرّك هذا المظهر طائفة من خيرة إخوانى ، وطالبونى فى قوة بأن أخرج للناس شرحاً لهذا القانون ، فذكرتهم بما يعلمون ، فأصروا على رأيهم ، وقلبوا الأمور ، وتخيروا أحسن السبل لنشره فيما يرون ، و بذلوا أقصى جهدهم حتى تم لهم — والحمد لله — ما أرادوا .

وعلى رجاء أن يكون فى هـذا الشرح ما ينفع الناس ، ومع أمنية أن يكون أصدقاؤه أكثر من خصومه ، أقـدمه للجمهور متوجهاً بأتم الشكر وأوفر الثناء إلى كل من أعان على نشره .

القاهرة فى يوم الأربعاء { ٤ شعبان سنة ١٣٦٥ / ٣ يوليـو سنة ١٩٤٦ }

محمد احمد فرج السنهوري

التعريف
بقانون الوقف

كنت قد كتبت هـذه المقدمة وتناولت فيها موضوعين : أحدهما التعريف بالوقف من نواحيه التاريخية والاقتصادية والاجتماعية والتشريعية والقضائية ، والآخر التعريف بهذا القانون ، غير أن عوامل عديدة أوجبت على الاقتصار نخضعت لحكمها واستبقيت هذا الموضوع تاركا الأول للفرصة الملائمة .

والتعريف بهذا القانون يتقاضانى أن أشرح الأحوال السابقة على وضعه ، وأن أبين كيف وضع ، وعلام استقر ، وقد يكون كثير من الوقائع التى سأرويها معروفا ولا يزال غضاً فى أذهان المعاصرين وخاصة من اشتركوا فى البحث أو ساهموا فى المشروع أو كانوا من المراقبين المتتبعين ، ولكنى أدوّن تاريخ تشريع ، وأ كتب للأجيال المقبلة كما أ كتب للمعاصرين ، وأتحدث إلى العامة كما أتحدث إلى الخاصة . على أن فى جمع الحوادث المنثورة ونظمها فى سمط واحد مزايا يبتغيها من غاب ومن شهد ومن عرف ومن لم يعرف ، ولم يفتنى أن من الحوادث ماله اتصال وثيق بأشخاص لايزالون بين أظهرنا ، وأن فى تفصيلها و إظهار ما بطن منها ما قد يسوء . لذا عولت على أن أ كبح جماح الصراحة بكل قوة ، وما فات اليوم لن يفوت غداً ، والخفايا لن يدوم احتجابها ، ولابد أن تظهر يوما ما ، قريباً كان ذلك أو بعيداً .

(١) — ما قبل وضع هذا القانون

لقد جاء هذا القانون فى أعقاب ضجيج صاخب استمر طويلا ، وأثاره خصوم الوقف الذين يرونه شراً مستطيراً ونظاما فاسد الأساس ، غير أنه لم يكن نتاج هذا الضجيج ، وإنما كان وليد الشكاوى الحقة الكثيرة ، وما يحس به القضاة والمتقاضون ، وأولو الأمر والباحثون ، من أن كثيراً من الأحكام التى يجب العمل

بها فى أمور الوقف أصبح غير ملائم ، يفتح باب الجور لمن يريده من الواقفين ، ويعين من أراد على اشتراط الشروط التعسفية ، ويمكن للفساد فى الإدارة والتدبير ، وأن التزام مذهب معين يفضى إلى عواقب سيئة فى شتى النواحى ، مع أن فى أحكام المذاهب الإسلامية ما يكفل الخير ويستأصل الشر ، وقد سبقت هذه الشكوى ذلك الضجيج ، ولو أن الظروف أعانت من بيدهم الأمر على الاستجابة لها منذ بدأت لقضى على هذا الضجيج فى مهده ، وفقد مثيروه كل حجة يقام لها وزن ، ولكن الاستجابة قد تراخت ، فاستغل خصوم الوقف أسباب الشكوى واستعانوا بها فى دعايتهم وكانت هى وحدها عونهم .

وليس يعنينى فى موقفى هذا أن أورد حجج خصوم الوقف وأنصاره ولا أن أوازن بينها ، ولا أن أفصل الشكوى من أحكامه ، فمحل ذلك التعريف بالوقف ، وما موقفى هنا سوى موقف المؤرخ ، لا يعنيه إلا بيان الأطوار التى مرت بها هذا النضال والمراحل من هذه الناحية ثلاث :

١ — إلى سنة ١٨٤٥ (سنة ١٢٦٢ هـ)

ومناهضة الوقف والنظر إليه كنظام غير مشروع شىء كان قديماً ثم اختفى طويلا حتى ظهر أخيراً . فقد روى عن جماعة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنهم كانوا يذهبون إلى أن الحبس غير مشروع ، وكانوا يقولون : جاء محمد ببيع الحبيس ، ولا حبس عن فرائض الله . وإذا كان بعض هذه الروايات قد ردّه المحدثون . فليس من السهل ردّ باقيها ، ولكن هذا كان رأى قليلين ، ولم يكن منهم عن أمر قاطع وإنما كان عن اجتهاد وتفهم لما هو محتمل ، والمجتهد يخطىء ويصيب ، ولم يمت هذا الرأى بعدهم ، واعتنقه نفر من العراقيين حقبة من الزمن ثم لم يلبث أن اختفى وأصبح هذا النظام معترفاً به من الكافة لا يخطر ببال أحد أن يقاومه أو يشكك أو يتشكك فيه لا فى مصر ولا فى غيرها من الأمصار .

ولم يتوطن هذا الرأى بالبلاد المصرية قبل سنة ١٢٦٢ هـ ، والسر فى ذلك

أن المدرسة الحجازية كانت المسيطرة على مصر منذ الفتح الإسلامى ، و إذا كان بعض العراقيين قد أقاموا بها أو ولوا قضاءها فأنهم لم يكونوا من أنصار هذا الرأى ، ولو كانوا من أنصاره ما استطاعوا نشره بها ، واسماعيل بن اليسع الكندى قاضى مصر العراقى لم يكن يذهب إلى بطلان الوقف ، و إنما كان يذهب إلى ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة من أن الوقف تصرف مشروع وجائز ولكنه غير لازم ، على أن المصريين قد أقضوا مضجعه بسبب ذلك فلم يطل مقامه بينهم وما زالوا به حتى عزل ورحل عنهم . ومن خداع العقل وتصيد الحجج أن نزعم أن ما وقع فى ذى القعدة سنة ٧٨٠ من برقوق أتابك العسكر خاصاً بأراضى بيت المال التى أخذت منه بالحيلة وجعلت أوقافاً وضاق بيت المال بسببها ، وما أثير حول الأطيان الخراجية ووقفها من غير مالكيها أول الفتح العثمانى لمصر ، و إلغاء المغفور له محمد على باشا والى مصر سنة ١٢٢٨ للالتزامات وكان بعضها موقوفاً ، مع أن هذه الالتزامات كان ملكها لبيت المال ولم تكن ملكا لمن وقفوها ، من الخداع والتصيد أن نزعم أن فى شىء من هذا ثورة على نظام الوقف أو حلاً لأوقاف صحيحة . فأى أوقاف حلها هؤلاء أو أرادوا حلها ؟ ! وهل اتجه أحد منهم إلى أن يمس بالأذى ماوقفه واقفه وهو يملكه ملكا صحيحاً ؟ لاشىء من هذا ، ولقد كانت أوقاف الدور والبساتين والرباع تملأ المدن والقرى ولم يمسسها أحد بسوء ، وكل ما فى الأمر أن قوماً وقفوا ما كان بأيديهم طعمة ورزقاً وهم لايملكونه ولايحل لهم وقفه فانتزعه ولىّ الأمر منهم ورده إلى أموال الدولة . فأين الوقف ؟ وأين الحل ؟ ومن الغريب أن ينسب إلى هؤلاء مقت نظام الوقف والثورة عليه وقد ملأت بقاع الأرض أوقافهم وأوقاف ذراريهم وأتباعهم ، وهل لأحد أن يسمى تطبيق الأحكام الصحيحة للوقف ثورة عليه وسعياً إلى التخلص من نظامه ! لو أنصفوا لقالوا العكس ، وإنه للحق .

هذا مجمل ما يقال عن مناهضة الوقف بمصر فى هذه القرون الطويلة ، أما الأحكام الفقهية التى كانت تحكمه فى هذه العصور فإن التاريخ لم يرو لنا أنها

كانت موضع شكوى وألم ، وما كان لهذه الشكوى أن تكون ، فالفقه الإسلامى قد نضج واكتمل قبل انتشار الأوقاف وقيام مشكلاتها ، وأحكام الوقف كلها اجتهادية . والفقهاء متفقون على أن الأحكام تتغير بتغير الزمان والعرف ، وعلى وجوب القضاء والفتوى بما هو أنفع للموقف ومستحقيه ، إلى غير ذلك من القواعد التى جرت شوطاً عملياً بعيد المدى وكونت للوقف مجموعة فقهية هى الغاية فى المرونة والصلاحية ، ومسايرة الأحوال والأزمان ، ومجاراة النافع الأصلح .

هذا إلى أن مصر كغيرها من الأقطار لم يحكمها فى هذا الزمن المديد رأى واحد ولا مذهب إمام معين ، لا فى عهد القضاة المجتهدين، ولا فى عصور التقليد ، وكان لكل قاض نوابه أو شركاؤه فى القضاء من ذوى الآراء والمذاهب المختلفة ، وكل يقضى وفق اجتهاده ، أو طبق مذهب إمامه لا يحول بينه و بين ذلك أنه مخالف لرأى القاضى الأكبر أو مذهب إمامه . وقد جرى الحال على هذا المنوال حتى صدر لمحمد على باشا فرمان شاهانى يوجب أن يكون القضاء والفتوى بمصر طبقاً لمذهب الإمام أبى حنيفة ، فلم يكن بمصر قبل ذلك مايدعو إلى الشكوى من الأحكام الفقهية.

٢ — من سنة ١٨٥٤ (١٢٦٢ هـ) — سنة ١٩٢٦ :

عرفنا أن مصر لم تعرف مناهضة الوقف ولا مقت نظامه قبل سنة ١٢٦٢ هـ ، وقد حدث بها فى هذا العام ما أعتقد أنه ينطوى على هذا المعنى حقيقة ، ولكنه لم يأخذ مظهره الكامل ولم يجهر فى وضوح بمعاداة هذا النظام نفسه ، بل لبس ثوباً آخر هو مقاومة من يسيئون استعمال الحق المشروع ، و يخيل إلىّ أن السبب فى ذلك يرجع إلى أن مصر لم تكن مستقلة وكانت تابعة لدولة الخلافة ، وأن الوقف قد اصطبغ بالصبغة الدينية ، وللعلماء بمصر دالتهم ومكانتهم عند الوالى ، ونفوذهم لدى المصريين الذين كانوا إذ ذاك كغيرهم شديدى التمسك بدينهم و بكل مايتصل به أو يمت إليه بسبب قريب أو بعيد ، فلم يكن فى استطاعة الوالى أن يظهر الأمر على غير هذا الوضع ولا أن يلبسه ثوباً غير هذا الثوب .

وقد استقرت ولاية مصر لمحمد على باشا وهى على أسوأ ما يكون من نواحى الحكم والحروب والتعليم والاجتماع والاقتصاد ، وقد بذل كل ما يستطيعه إنسان فى إصلاح هذه البلاد ، وكان يستعين فى ذلك بالآراء الأوربية وبالرجال الأوربيين . ومن المعروف أن الثورة الفرنسية وما تلاها من حروب نابليون قد أحدثت فى العالم انقلاباً عاماً ، فى الفكرة الاجتماعية ، وفى نظام الدولة ، وفى الملكية وغيرها ، وقام التشريع على قواعد وأسس تخالف القواعد السابقة فى شتى الاتجاهات ، وهوجمت إذ ذاك نظم عديدة فى طليعتها نظام الطبقات وامتيازات الأشراف ، لهذا كانت الحملة فى النصف الأول من القرن التاسع عشر قاسية جداً على Familien Fédéicommiss وهو أرصاد إن لم يكن الوقف الأهلى عينه فهو أخوه وأشبه الأشياء به . وقد رموه بأنه نظام يتنفس أنفاس ذلك العصر الذى كانت الطبقات العليا فيه ترى أن من امتيازاتها أن تحيا على حساب غيرها حياة عاطلة ، وتعتبر أن فى قيامها بالأعمال النافعة البؤس والتعاسة ، وذهبوا إلى أنه نظام يجب أن يقاوم بكل قوة ، فهو لا يتسق مع سياسة التشريع المستقاة من القواعد الحديثة للشرائع ونظام الدولة ، وهو حجر عثرة فى طريق طبقات الفلاحين ، يحول بينهم وبين تكوين طبقات مالكة مستقلة صغيرة ويحبس ومتوسطة ، المال حبساً مستمراً يؤدى إلى ركود حركة التعامل ويقضى على الحياة الاقتصادية ، وكثيراً ما يتخذ وسيلة للإضرار بدائنى المرصد ومسلكاً لحرمان الورثة وتوزيع المال توزيعاً غير عادل ، كما أن فيه حجراً على المستحقين يضر بهم ، وخاصة إذا طرأت عليهم الضرورات واحتاجوا إلى المال لدفعها . وقد تسربت هذه الفكرة إلى تركيا ، فقام إذ ذاك حزب الإصلاح يدعو إلى حل الأوقاف لانتشارها انتشاراً واسعاً يعوق حركة التعامل ويؤخر الحياة الاقتصادية [1] .

---

(١) Fdéi commiss كلمة لاتينية معناها الحرفى (المودع لأجل الإخلاص) . وكان الرومان يطلقونها على أنواع من التصرف بطريق الوصية لجأوا إليها فى أواخر العصر الجمهورى فراراً من قسوة التشريع ، ولم يعترف بهذه التصرفات إلا فى عهد أوجست ، ثم هذب التشريع الجوستنيانى بعض حواشيها ، ومن هذه التصرفات ماله شبه بعيد بالوقف ومنها ما لا يشبهه أصلا . =

وكان من الطبيعى أن تنتقل هذه الفكرة إلى مصر ، فمحمد على جادّ فى إصلاحاته وهو محوط بالأوروبيين وآرائهم ، وحزب الإصلاح فى تركيا ينادى بحل الأوقاف ، وقد تخلص هو من الأوقاف غير الصحيحة فى الأرض الخراجية من زمن بعيد ولم يبق أمامه إلا الوقف الصحيح : وقف الدور والأرض الزراعية العشرية المملوكة لأربابها ، وأمر هذه شائك جداً ، وخاصة فى مصر ، فليس من الحكمة أن يُحدث فى شأنها حدثا إلا إذا كان له سند من الشريعة الإسلامية لذلك عمد إلى مفتى الحنفية بالإسكندرية المرحوم الشيخ محمد بن محمود الجزايرلى يسأله عما إذا كان لولى الأمر أن يمنع وقف الأماكن المملوكة لأهلها سداً لذريعة ما غلب على العامة من التوسل به لأغراض فاسدة من حرمان بعض الورثة والمماطلة بالديون فى الحياة وتعريضها للتلف بعد الممات ، فأفتاه هذا المفتى ، بعد أن نقل اختلاف أئمة الاجتهاد فى الوقف ، بأنه يجوز ذلك لولىّ الأمر سداً للذريعة ، ولأنه مما تقتضيه السياسة الشرعية ، فأصدر إرادته السنية فى ٩ رجب سنة ١٢٦٢

= أما الجرمانيون فإنهم يطلقون اسم Familien Fideicommiss على شىء آخر يخالف المعنى الرومانى ، فهم يطلقون على المال الذى يرصده مالكه على أسرة معينة مدة محدودة أو إلى انقراضها وقد يكون الاستحقاق فيه لجميع الأسرة وقد يكون لبعضها وأحياناً يكون واحداً ، وقد يكون للذكور وحدهم ثم من بعدهم يكون للاناث ، ولهم طرائق مختلفة فى ترتيب طبقات الاستحقاق ، والأصل فيه أنه لا يباع ولا يوهب ولا تورث رقبته وليس للمستحق فيه سوى المنفعة والخلافة فيه تختلف عن الخلافة فى الإرث ، فالوارث يتلقى الحق عن أصله هو ، أما المستحق فإنه يتلقى الحق عن المرصد مهما بعدت الدرجة ، ومن هذه الخصائص تعرف أنه هو الوقف الأهلى بعينه ، وأحكام هذه الأرصادات قد فصلها القانون المدنى النمساوى فى المواد (٦١٩ — ٦٤٦) تفصيلا وافياً ، أما القانون المدنى الألمانى فإنه لم يعرض لأحكامها ولكن نصت المادة (٥٩) من قانون مقدمته على أن هذه الإرصادات تخضع فى كل ولاية لتشريعها الخاص ، وقد ألغيت هذه الإرصادات فى الولايات الواقعة على الجانب الأيسر لنهر الرين ولكنها لم تلبث أن أعيدت بقانون ٢٥ فبراير سنة ١٨٢٦ ، وألغاها أيضاً القانون الأساسى لبروسيا لحل الموجود منها ومنع إنشاءها . ولكن هذا الحكم ألغى بقانون ٥ يونيه سنة ١٨٥٢ ، وشكلت لجنة لوضع نظام خاص بها ولكنها لم تضع شيئاً إلى أن صدر القانون المدنى مع قانون مقدمته فأقر وجودها وأحال على التشريع الخاص . ومن الولايات ماله تشريع خاص كبروسيا ومنها ما ليس له تشريع ويكتفى بالأحكام الواردة فى حجة الإرصاد

1) Deutsche Encyclopedia
2) Schumacher : Landewirtschaftsrecht (S - 431/36)

بمنع الأوقاف من ذلك التاريخ إبقاء على عمارة الملك ، ووقاية له وللملة من الأضرار وسداً للذرائع . ورداً لأغراض المبطلين الذين يحاولون من طريق وقف أموالهم وعقاراتهم إبطال المقررات الأميرية ، والفرار من أداء ما عليهم من الديون ، وحرمان الورثة[1] .

صدرت هذه الإرادة مانعة لإنشاء الوقف فى المستقبل فحسب ولم تمس الأوقاف القديمة بأذى ، وصدرت على أساس مناهضة من أساءوا استعمال الحق لا على أساس مقاومة نظام الوقف نفسه باعتباره تصرفاً ضاراً أو تصرفاً غير مشروع .

وقد صدر المنع عاماً شاملا لكل وقف ، من أى أنسان ولأية عين ، عقاراً كانت أو أرضاً زراعية ، وأبلغ إلى قاضى مصر و إلى جميع المديريات والمحافظات لتنفيذه . لكن هل نفذ هذا المنع ؟ أما فى الدور والحوانيت والوكالات والرباع والطواحين والمرتبات فإنه لم ينفذ أصلا ، ومن يرجع إلى سجلات الأوقاف بالمحاكم الشرعية يجدها مملوءة بوقف هذه الأنواع ، وأن وقفها كان بعد رجب سنة ١٢٦٢ كما كان قبله لم ينقطع ولم تقل نسبته عما كانت عليه من قبل ، أما وقف الأرض الزراعية العشرية فقد اختفى من هذه السجلات تماما فترة من الزمن ، وهذا يدل على أن المنع نفذ بالنسبة لها . ولكن لم كان هذا ؟ ولم نفذ بالنسبة لهذه دون تلك ؟ ظاهرة لم أهتد إلى تعليلها الصحيح حتى الآن .

وهذا المنع من الحكومة المصرية لا نفاذ له فى غير محاكمها ، ولا يحول بين الواقفين وبين الوقف بإشهادات عرفية ، ولا الوقف أمام المحاكم الشرعية غير المصرية كمحاكم تركيا والحجاز ، ولا بينهم وبين الالتجاء إلى المحاكم الشرعية المصرية يدعون أن الوقف صدر فيما قبل المنع ويستصدرون به حكماً يغنى عن الأشهاد بل هو أقوى منه ، وكل ذلك قد كان .

---

(١) نقل حضرة صاحب المعالى محمد على علوبه باشا فى كتابه (مبادىء فى السياسة المصرية) نص السؤال والإفتاء والترجمة الحكومية للارادة السنية وقال إنها جميعها محفوظة بدار المحفوظات المصرية بدفتر مجموعة أمور إدارة وإجراءات عملية مجلس أحكام مصرية بند المحاكم الشرعية الصفحة ١٤٧ ، ١٥٠ ومحفوظة بعين رقم ١٧٨ مخزن رقم ١ تركى .

على أن الفترة التى نفذ فيها منع الوقف للأطيان العشرية لم تدم طويلا ، ولم تستمر إلى عهد سعيد ، كما يقول بعض الكاتبين ، فما كاد يحل عهد عباس الأول حتى أخذ وقف الأطيان العشرية فى الظهور وتتابع . ففى مدى عام واحد (٥ ذى القعدة سنة ٦٦ — ١٥ ذى الحجة سنة ١٢٦٧) وقف منها لدى محكمة القاهرة وحدها أكثر من ٣٠٠٠ ثلاثة آلاف فدان ، وقفها صالح لوى باشا ، وعلى بيكباشى معتوق محمد على ، وحسين بك شماشرجيه ، ومحمد قفطان بك عضو مجلس الأحكام[١] . وفى عهود تالية أبيح وقف الأرض الخراجية بعد الإذن به ، ولما تقررت الملكية التامة للأرضين جميعاً أصبح الوقف حراً طليقاً فى جميع الأنواع .

تتابعت الأوقاف واستمر نظام الوقف بقية هذه الفترة آمناً مطمئناً ، وإقبال الشعب عليه من جميع الطبقات مظهر من مظاهر الرضاء عنه ، وإذا كان بعض الباحثين والكاتبين قد تناولوا الأوقاف الأهلية بالنقد ونددوا بأغراض واقفيها ، كما فعل قاسم أمين فى كتابه (أسباب ونتائج وأخلاق ومواعظ) ، فإن هذا لم يكن ليعنى أن هناك حملة على نظام الوقف من الخاصة ولا ينبىء عن تذمر الجمهور من هذا النظام . أما الحكومة فلم يظهر عليها عرض من أعراض التبرم بهذا النظام حتى بعد الاحتلال الإنجليزى وقيام الحكومات التى كانت تسمى حكومات المستشارين ، وكل ما أثير بشأن الوقف فى هذه الحقبة ، هو : (١) الشكوى من كثرة التزوير والتلفيق فى الدعاوى الخاصة بالوقف ، وقد عولج هذا بنصوص أدخلت على لائحة المحاكم الشرعية منذ ١٨٩٧ ، (٢) والشكوى من أن الأحكام التى تطبق فى أموره مشتتة فى المؤلفات ، ليست مجموعة ولا مرتبة ترتيباً يكفل للجمهور معرفتها ، هذا إلى كثرة الأقوال واختلاف الترجيحات ، وقد شكلت وزارة العدل لجنة لمراجعة كتاب قدرى باشا فى الوقف وتنقيحه تمهيداً لجعله قانوناً رسمياً ، وبدأت اللجنة فى عملها ولكنه وقف ولم يتم لوفاة رئيسها المغفور له الأستاذ الإمام الشيخ

---

(١) هذه الأوقاف واردة تحت أرقام ٩٧ و ١٠٤ و ١٤٦ و ١٥٧ بالسجل رقم ٤ من السجلات القديمة المحفوظة بمحكمة القاهرة الشرعية .

محمد عبده فى يوليه سنة ١٩٠٥ ، (٣) وحملة المستشارين القضائيين فى تقاريرهم على تصرفات المحاكم الشرعية فى مسائل الأوقاف بسبب نفوذ القاضى التركى واستبداده وماجره ذلك من فتح الأبواب الواسعة للمؤثرات ، وقيام العوائق القوية فى سبيل تحقيق العدالة ، ووقوع أشد المساوىء ، ورواج أسواق المحاباة والمنافع الذاتية والأغراض الشخصية ، وقد اتخذوا هذا وسيلة إلى النصح ، تلويحاً أو تصريحاً ، بانتزاع الأوقاف من المحاكم الشرعية وجعلها من اختصاص المحاكم الأهلية لأنها مسائل مدنية محضة .

٣ — من سنة ١٩٢٦ :

يلوح لى مما قرأت ووعيت ، ومما رأيت وسمعت ، ومن مقارنة الأحداث العالمية ، أن الشكوى من نظام الوقف ، كغيرها من أكثر شئوننا ، لم تكن يوماً ما ناشئة عن إحساس داخلى ، ولا وليدة تنبه ذاتى إلى الأضرار التى يزعمون ، ولم تكن إلا حركة تقليدية وصدًى لما يراه الأجنبى أو يفعله . وكيف تكون هذه الشكوى عن إحساس صحيح ممن يحب الخير لوطنه ، ومصر بلد لو لم يكن به نظام الوقف لوجب أن يدخله ، وكيف غفل هؤلاء الشاكون عن أحوال الملكية فى مصر وتجاهلوا ماتحتوى عليه أضابير التسويات العقارية ؟ ولقد صدق أتم الصدق حضرة صاحب المعالى علوبة باشا الذى كان القائد الأول للحملة على الوقف فى هذه الفترة ، حيث ينادى بأعلى صوته من فوق منبر مجلس الشيوخ (جلسة ١٦ أبريل سنة ١٩٤٦) قائلا : يجب أن يكون هناك نظام للوقف لأننا لانثق بمناعة أبنائنا وليس عندنا قانون يحرم تملك الأراضى والأبنية على غير المصريين ، وطلب بقوة رفض المشروع الذى يقترح حل الأوقاف الأهلية ومنعها مستقبلا ، وقال : إن شارع سليمان باشا وهو من أهم شوارع القاهرة به ٧٨ عمارة لا يملك المصريون منها إلا إحدى عشرة . وأيده فيما يقول شيخ آخر ، وقال إنهم لايملكون بهذا الشارع أكثر من ثلاث ، ولا يملكون بشارع قصر النيل سوى عمارتين موقوفتين .

ولكنا مصابون بالتقليد وتقديس مايرى ويصنع الأجانب كائنا ما كان .

استيقظت الثورة على إرصادات الأسرة بأوربا ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٣٣٥ من القانون المدنى السويسرى المعمول به من أول يناير سنة ١٩١٢ على أنه لايسمح قط بإنشاء هذه الإرصادات ، ونصت المادة ١٥٥ من الدستور الألمانى الصادر فى سنة ١٩١٩ على إلغاء هذه الإرصادات . وتركيا قبل أن تتخذ فى سنة ١٩٢٦ القانون السويسرى المدنى قانوناً لها أصدرت فى السنة نفسها قانوناً ينظم حل الأوقاف ومنعها ، وفى العام نفسه طلع علينا رجل من أهل العلم بطرابلس الشام بفتوى يقول فيها إن الوقف على النفس والأولاد باطل وبدعة ذميمة منهى عنها . وما كادت الأهرام تنشر هذه الفتوى فى أوائل مارس سنة ١٩٢٦ حتى بادر شيخ الشيوخ ومفتى مصر سابقاً المغفور له الشيخ محمد بخيت المطيعى بردّ هذه الفتوى وتزييفها ونشر بذلك رسالته (المرهفات اليمانية فى عتق من قال ببطلان الوقف على الذرية) . وفى السنة نفسها أيضاً انتهزت لجنة الأوقاف [1] الفرصة حين كتابة تقريرها عن ميزانية وزارة الأوقاف فتناولت ما عليه أكثر المستحقين من بؤس وشقاء ، وما وقع على استحقاقهم من حجز وماهم عليه من تواكل وقعود عن تدبير وجوه الرزق ، وقالت : (وهذه الاعتبارات وغيرها تجعل من المحتم على البرلمان والمهيمنين على شئون البلاد الاقتصادية والاجتماعية أن يفكروا فى صلاحية بقاء نظام الأوقاف الأهلية من عدمه) ، وقام معالى علوبة باشا أحد أعضاء اللجنة يشرح الفكرة ويؤيدها ، أما رئيس اللجنة فأخذ يحور ماجاء بالتقرير ويحمله على غير محمله وأيده فى ذلك عضو من أعضائها ، وقد كانت اللجنة متواضعة فيما طلبت ولكن النائب الأستاذ عبد الحميد عبد الحق قام ثائراً يطالب بإلغاء هذا النظام العتيق وإلغاء الأوقاف الأهلية ، ودار بالجلسة صراع عنيف بين فريقين :

---

(١) كانت هذه اللجنة مكونة من ٢١ نائباً ، ورئيسها المرحوم الشيخ مصطفى القاياتى وسكرتيرها المرحوم الأستاذ يوسف احمد الجندى ، ومن بين أعضائها معالى محمد على علوبه باشا ، والمرحوم ابراهيم الهلباوى بك .

فريق المدافعين ويتقدمه وزير الأوقاف إذ ذاك (الغرابلى باشا) ، وفريق المهاجمين ويتقدمه الأستاذ عبد الحق ، أما رئيس المجلس زعيم مصر الخالد المغفور له سعد زغلول باشا فأقواله الواردة بالمضبطة تنطق بأنه كان مع الفريق الأول ، وكذلك كان المجلس أيضاً فقد رفض اقتراح الأستاذ عبد الحق تأليف لجنة لبحث نظام الأوقاف الأهلية [1] .

لم يثن فريق المهاجمين إخفاقه بمجلس النواب ، فظل يعمل جاهداً على نشر فكرته بشتى الوسائل ، يكوّن اللجان ، وينشر المقالات ، ويلقي المحاضرات ، ويقدم المشروعات بالحل والإلغاء ، حتى بعد تقديم مشروع هذا القانون للبرلمان ، ولكن عدده بقي محدوداً ، ولم يربح أنصاراً بل خسر ، ولم تلق فكرته رواجاً ، ومن هذا الوقت كان بمصر حزبان : أحدهما يعادى الوقف ونظامه وكان فى طليعته معالى علوبة باشا ، والآخر يناصره ويذود عنه وكان فى مقدمته المغفور له الشيخ بخيت .

ومن أعمال الفريق الأول أن معالى علوبة باشا ألقى محاضرة فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ بالقاعة الكبرى بمحكمة الاستئناف الأهلية باللغة العربية ، حمل فيها على الوقف اقتصادياً واجتماعياً وذهب إلى أنه تصرف مدنىّ محض لا صلة له بالدين . وفى أوائل سنة ١٩٢٧ قدم لمجلس النواب اقتراحاً بقانون ينص على تأبيد الوقف الخيرى ، وينظم تأقيت ما صدر وما سيصدر من الوقف الأهلى ، ويبين كيفية ملك الأعيان الموقوفة بعد انتهاء الوقف الموقت [2] . ولكنه كان مشروعاً لم تكتب له الحياة وفى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ ألقى محاضرة باللغة الفرنسية فى سراى محكمة مصر المختلطة سلك فيها ما سلكه فى محاضرة ديسمبر سنة ١٩٢٦ ، وفى سنة ١٩٢٧ قدم لمجلس النواب أيضاً من النائبين الأستاذين أحمد رمزى بك ويوسف الجندى اقتراح بقانون يتضمن حل الأوقاف الموجودة ومنع الوقف مستقبلا ولم تكتب لهذا المشروع الحياة أيضاً .

---

(١) جلسة ٨ سبتمبر سنة ١٩٢٦ ص ٨٦٦ وما بعدها
(٢) جلسة ١١ ابريل سنة ١٩٢٧

ومن أعمال الفريق الثانى أن المغفور له الشيخ بخيت رد على محاضرة علوبة باشا بمحاضرة ألقيت فى ١٠ فبراير سنة ١٩٢٧ وعلى محاضرته الثانية بأخرى ألقيت فى ٢٠ يناير سنة ١٩٢٨ . وأن العلماء أعدوا بيانا ضافياً أوردوا فيه حكم الشريعة فى الوقف وأسدوا فيه النصح لعامة المسلمين وحذروهم من دعاية الفريق الأول ، وقد وقع هذا البيان ٤٦٠ من العلماء المدرسين بالأزهر و بالمعاهد الدينية ، وكان فى طليعتهم مفتى الديار المصرية (الشيخ قراعة) ووكيل الأزهر (الشيخ الفحام) ووكيلاه السابقان (الشيخان شاكر ومخلوف) وسائر هيئة كبار العلماء وشيوخ المعاهد . ولم يكتف علماء الجامع الأحمدى بالاشتراك فى هذا البيان ونشروا بيانا آخر لهم فى ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ أما رجال القضاء الشرعى فقدم نفر منهم بالاشتراك فى هذا النضال واجتمعوا لذلك مرات ولكنهم عدلوا ولم يفعلوا .

اشتد هذا النضال فى سنتى ١٩٢٦ ، ١٩٢٧ ، و بعض سنة ١٩٢٨ ، وكان صراعا غير رسمى لم يتدخل فيه أولو الأمر ، وكانت شدة الصراع وحدته سببا فى أن تخللته منا بذات واتهامات ، و إذا كان لهب الصراع قد انطفأ فإن جذوته لم تخب وذهب الزبد جفاء و بقى التفكير الهادىء النافع الذى لم ينقطع .

وفى سنة ١٩٣٠ ولى وزارة العدل حضرة صاحب المقام الرفيع على ماهر باشا فجد فى أعماله الإصلاحية ، وبدأ فيما بدأ به بتعديل لائحة المحاكم الشرعية ، ولما تم ذلك فى سنة ١٩٣١ اتجه نحو إصلاح الوقف وتنظيم أحكامه ، وكان كثير الاتصال من أجل هذا بمن توسم فيهم الخير ورأى فيهم موضع رجائه ، ولما اختمرت عنده الفكرة وتحدد لديه الاتجاه عهد فى سنة ١٩٣٢ إلى المفتشين الشرعيين الشيخين حسنين مخلوف (مفتى الديار المصرية الحالى) ومحمد حمد فرج السنهورى (عضو المحكمة العليا الشرعية الآن) بالأعمال التحضيرية لذلك فجدا فى العمل ووضعا بنتائج بحوثهما تقريراً ضافياً قدم إلى مقامه الرفيع . ولكن الأحداث السياسية أفضت إلى خروجه من الوزارة سنة ١٩٣٢ فوقف السير فى ذلك فترة من الزمن .

وفى أواخر سنة ١٩٣٣ جد ما نبه حضرة صاحب المعالى احمد على باشا وزير العدل إذ ذاك إلى هذا الموضوع فأشار بالسير فيه، فأعدت الوزارة بياناً موجزاً باثنتى عشرة مسألة من أهم المسائل التى تحتاج إلى العلاج والإصلاح من مسائل الوقف وهى المسائل التى تناولها تقرير الشيخين المفتشين فى سنة ١٩٣٢ ، وأرسلته إلى جميع رجال القضاء الشرعى بكتابها الدورى المؤرخ ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٤

وقد جاء فيه أن الشكوى قد عمت من العمل بمذهب أبى حنيفة فى بعض مسائل الوقف، وخاصة فى الموضوعات المبينة بالبيان المرافق، وأن الوزارة ترى العمل على إزالة أسباب الشكوى و إصلاح النظم الحاضرة والأخذ بما هو أنفع من أحكام المذاهب الإسلامية وترجو أن يتقدم إليها رجال القضاء الشرعى بما يقترحونه فى هذه الموضوعات وغيرها مع بيان الأسانيد الفقهية ، وأعدت قراراً بتشكيل لجنة تقوم بهذا العمل ، وقد اجتمع نفر من قضاة محكمة مصر الشرعية وبحثوا هذه الموضوعات وكتبوا مذكرة بما يرون وأرسلوها للوزارة وطبعوها ونشروها ، أما غيرهم من قضاة هذه المحكمة وغيرها فلم يرد منهم شيء أصلا ، ثم فتر هذا النشاط .

وفى سنة ١٩٣٦ عاد إلى خصوم الوقف نشاطهم فتطرفت لجنة الأوقاف بمجلس النواب فى تقريرها عن الميزانية وقست فى حملتها على نظام الوقف بأسلوب لم تعرفه تقارير هذه اللجنة من قبل واقترحت بأكثرية الآراء الموافقة على استصدار تشريع يمنع الأوقاف الأهلية مستقبلا ويحدد أعيان الأوقاف الخيرية . وأشارت فى تقرير سنة ١٩٣٧ إلى ما سبق أن ذكرته فى تقرير سنة ١٩٣٦ وذهبت إلى أن كل رغبة فى إصلاح هذا النظام مع الإبقاء عليه غير مجدية ، ولا تؤدى إلى النتيجة المرجوة وهى القضاء على النظام نفسه حتى تنتفى الأضرار الناشئة عنه ، ولكن أحداً لم يستجب لها كما أن لجنة الأوقاف بمجلس الشيوخ لم تجارها فى هذه النزعة ، ولم يكتفوا بطريق اللجنة واقتراحها فتقدم الأستاذ عبد الحميد عبد الحق إلى مجلس النواب سنة ١٩٣٦ بمشروع القانون الذى اقترحته اللجنة ، وقال فى مذكرته التفسيرية إنه أول عضو ارتفع صوته فى مجلس النواب بأن لاسبيل إلى درء أضرار

الوقف إلا بالخلاص منه بمنعه فى المستقبل وبحل الموجود منه حلا نهائياً .
وقال أيضاً لقد زال الوقف عن جميع بلاد الدنيا (كذا كذا ! !) إلا من مصر فقد بقى بها عاملا من أكبر عوامل الشقاء والظلم والتعاسة والحرمان ومثاراً للشكايات ومنشأ للخصومات وفساد الأرض وخراب الديار ويمكن المرابين من رقاب المستحقين .

إن المراقب الدقيق ليتبين من حوادث السنوات العشر أن محاربة نظام الوقف والثورة عليه لم تكن وجهة لحكومة من الحكومات المتعاقبة منذ سنة ١٩٢٦ ، ولا خطة حزب من الأحزاب فى مصر ، ولم تكن محل الرضا من ممثلى الأمة شيوخاً ونواباً ، أما الرأى العام فإن لم يكن ساخطاً على هذه الحركة فهو على الأقل غير مغتبط بها ، وقد قام بها نفر قليل واستماتوا فى نصرتها ، وكان نصيبهم على الدوام الخذلان والفشل .

أما الرغبة فى إصلاح هذا النظام وفى تنظيم أحكامه فقد كانت على الدوام وجهة الجميع ومطلب الجميع ، وإذا لم يكن هذا القانون وليد ذلك الصخب والضجيج ، ولم يكن إلا ثمرة الاعتدال والتفكير الهادىء الرزين وحده ، فلاريب أنه كان لهذه الضجة أثر واضح فى الإسراع بوضعه .

وفى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ وافق مجلس الوزراء على مذكرة لوزارة العدل اقترحت فيها تشكيل لجنة بها تقوم بوضع مشروع قانون شامل للأحوال الشخصية ومايتفرع عنها والأوقاف والمواريث والوصية وغيرها مما يدخل فى اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس الحسبية ، على أن يكون أساس عملها كتابى قدرى باشا فى الأحوال الشخصية والوقف وألا تتقيد بمذهب دون آخر بل تأخذ من آراء الفقهاء أكثرها ملاءمة لصالح الناس وللتطور الاجتماعى . ولها أن تبدأ بما ترى أن الشكوى منه أعم والحاجة إليه أمس . وفى ٩ أكتوبر سنة ١٩٣٨ وافق مجلس الوزراء على مذكرة لوزير العدل اقترح فيها تعديل تشكيل هذه اللجنة كما أصدر معاليه قراراً بتكوين لجنة تحضيرية للجنة الأحوال الشخصية وتخصيص

أعضائها لعمل اللجنة دون أعمالهم(١) . وبتشكيل لجنة الأحوال الشخصية وبدئها في وضع المشروع انتهى طور المطالبة والتفكير والمحاولات وبدأ طور العمل .

(ب) كيف وضع هذا القانون

تنظيم أحكام الوقف واختيار الأصلح الذى يرفع أسباب الشكوى كان من أهم البواعث التى حملت وزارة العدل على تأليف هذه اللجنة ، وفيما جاء بقرار التأليف من أن لها أن تبدأ بما ترى أن الشكوى منه أعم والحاجة إليه أمس توجيه واضح ورغبة جلية فى البدء بالوقف ، ومنذ أعلن تشكيل اللجنة أخذ سيل من الشكاوى يرد عليها وعلى الوزارة وعلى المراجع الأخرى ، والأكثرية من هذه الشكاوى كان خاصاً بالوقف ، وهذه الاعتبارات كانت تقضى بأن تبدأ اللجنة بالوقف ، غير أنها رأت ألا يكون الوقف محل التجربة الأولى لأعمالها ، وقدرت

---

(١) كانت لجنة الأحوال الشخصية حين قيامها بوضع قانون الوقف مكونة من :
المغفور له حضرة صاحب الفضيلة الأستاذ الأكبر الشيخ محمد مصطفى المراغى شيخ الجامع الأزهر رئيسها ومن حضرات أصحاب الفضيلة والسعادة والعزة أعضائها وهم محمد محمود بك (باشا) وكيل وزارة العدل (رئيس استئناف مصر) والمغفور له الشيخ فتح الله سليمان رئيس المحكمة العليا الشرعية والشيخ عبد المجيد سليم مفتى الديار المصرية ومحمد حسن العشماوى بك (باشا) المستشار الملكى (وزير المعارف) وعلى السيد أيوب بك عضو مجلس النواب (وكيل المجلس) والشيخ عبدالرحمن حسن العضو بالمحكمة العليا الشرعية (نائبها ثم وكيل الأزهر) والشيخ أحمد حسين بك مفتى وزارة الأوقاف والمغفور له أحمد ابراهيم بك أستاذ الشريعة بكلية الحقوق ورئيس التفتيش الشرعى (الشيخ على قراعة ثم الشيخ محمد رزق صقر) ونقيب المحامين الشرعيين (الأستاذ على عبد الرازق ثم صاحب العزة الأستاذ عبد الرزاق بك القاضى) والشيخ محمد أحمد فرج السنهورى القاضى بالمحاكم الشرعية (عضو المحكمة العليا الشرعية) والشيخ حسن مأمور القاضى بالمحاكم الشرعية (قاضى قضاة السودان) الذى خلفه حضرة صاحب الفضيلة الشيخ يوسف أبو غريب القاضى بالمحاكم الشرعية (رئيس محكمة الإسكندرية الشرعية) والشيخ محمد عبد الفتاح العنانى الأستاذ بكلية الشريعة (شيخ المالكية وعضو جماعة كبار العلماء) والشيخ يوسف موسى المرصفى الأستاذ بكلية الشريعة (الشافعى وعضو جماعة كبار العلماء) والشيخ محمد عبد اللطيف موسى السبكى الأستاذ بكلية الشريعة (الحنبلى)

وكانت اللجنة التحضيرية إذ ذاك مكونة من حضرات أصحاب الفضيلة المشايخ عبد الرحمن حسن ومحمد أحمد فرج السنهورى ، وحسن مأمون الذى خلفه الشيخ يوسف أبو غريب وكانت لجنة التحرير والصياغة مكونة من معالى العشماوى باشا ومن اللجنة التحضيرية .

أن النظر فى أمر المواريث لا يتطلب منها وقتاً يذكر ، فبدأت به ، ولما تبين أنه تقاضاها عاماً وبعض عام طلب أحد أعضائها المرحوم الشيخ محمد خليفة بك نقيب المحامين الشرعيين أن يكون النظر فى الوقف تالياً للمواريث مستنداً إلى الاعتبارات السابقة وتشدد فى الطلب ، لأنه ، رحمه الله ، كان قد تقدم قبل ذلك بقليل إلى مجلس النواب ، بوصفه نائباً ، بمشروع قانون بتعديل أحكام الوقف وتنظيمه مكوناً من ٣٨ مادة تناولْ فيها أحكام المسائل التى كانت وزارة العدل قد أرسلتها إلى رجال القضاء الشرعى مع الكتاب الدورى سالف الذكر ، ولكن اللجنة رأت البدء بالوصية لأن أحكام الوقف مستقاة منها وتنظيم أحكامها يعتبر أهم أساس لتنظيم أحكام الوقف فسلكت هذه السبيل .

وخلال إعداد اللجنة لقانون الوصية اشتد الضغط وتكاثر ورود الشكاوى وازداد نشاط جمعيات المستحقين حتى كان ذلك محل بحث فى مجلس الوزراء ، وألفت فى وزارة الأوقاف لجنة لبحث نظام الوقف الأهلى ، فكان لكل هذا أثره ، فبعد أن تم إقرار أحكام قانون الوصية وقبل تحريرها وصياغتها وقبل إقرار الأحكام الملحقة بالوصية عرض المغفور له رئيس اللجنة عليها فى جلسة ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٩ هذا الأمر ورجا أن تبدأ اللجنة فى الوقف فوافقت على ذلك . ومن هذا الوقت بدأ العمل فى تحضير هذا القانون الذى لم يصر قانوناً إلا بعد مضى ست سنوات ونصف وكان من عجب المقادير أن يكون أولى المشروعات بالنشاط والإسراع أكثرها إبطاء ، وقد مر خلال هذه السنوات بالمراحل الآتية :

١ — فى لجنة الأحوال الشخصية :

من ذلك الحين بدأت لجنتها التحضيرية فى تحضير هذا المشروع على الطريقة التى رسمت فنجحت واستقرت ، وهى أن توزع الموضوعات على أعضائها ، فيبحث كل منهم ما وكل إليه فى جميع المذاهب الإسلامية المعتبرة التى رأت لجنة الأحوال الشخصية أن تتخير من أحكامها ، ويُعِدّ ببحثه مذكرة مشتملة على النصوص

مع الإشارة إلى مواضعها فى مصادرها مذيلة بتلخيص لأحكام كل مذهب وعلى ما يرى اختياره ، ثم تتداول اللجنة فى المقترحات و بعد إقرار ما تراه تطبع المذكرة ومعها المقترحات وتوزع على أعضاء لجنة الأحوال الشخصية قبل الجلسة بوقت يكفى لدراستها . ولم تدون هذه اللجنة محاضر لأعمالها مكتفية بالمذكرات ، وقد كتبت لهذا المشروع ست عشرة مذكرة تكون سفراً عظيم الحجم[1] ، ولم يعن بالاحتفاظ بأصول هذه المذكرات أو مجموعات كاملة منها ضمن أعمال لجنة الأحوال الشخصية ولم تكن العناية متجهة إلا إلى حفظ المشروعات ومحاضر تلك اللجنة .

وقد بدأت لجنة الأحوال الشخصية فى نظر مشروع هذا القانون بجلسة ٨ يناير سنة ١٩٤٠ ، وكانت متجهة إلى وضع قانون شامل لأحكام الوقف ، كما صنعت فى المواريث وفى الوصية ، ولكن الاشتداد فى طلب التعجيل غيرا هذا الاتجاه ، ففى جلسة ٩ فبراير سنة ١٩٤١ قال المغفور له رئيس اللجنة : إن وضع تشريع شامل لجميع مباحث الوقف قد يحتاج إلى زمن طويل ، بينما الناس يضجون بالشكوى من بعض الأحكام الفقهية التى يجرى العمل عليها بالمحاكم الشرعية وقد تردد هذا على صفحات الجرائد ، أفلا يحسن بنا أن نبدأ ببحث المسائل التى هى موضع الشكوى ونضع لها تشريعاً خاصاً بها يأخذ طريقه إلى العمل به فى بضعة أشهر فتزول أسباب الشكوى ويستريح الناس به من بعض مشاكلهم ثم ننظر بعد ذلك فى بقية مباحث الوقف ؟ . وقد وافقت اللجنة على ذلك ، وشكلت لجنة فرعية لحصر مواضع الشكوى ، فأنجزت ذلك بسرعة وعرضته على اللجنة فوافقت عليه ، وقصرت اللجنة التحضيرية عملها على هذه المسائل ، ولم تتبع لجنة التحرير والصياغة

---

(١) كتب منها حضرة صاحب الفضيلة الشيخ عبد الرحمن حسن رئيس اللجنة التحضيرية ثلاث مذكرات (١ و ٤ و ١٥) وحضر ما يتعلق بالمواد (٥ و ٨ و ١١ و ١٦ و ١٧ و ١٨) من مواد القانون . وكتب فضيلة الشيخ حسن مأمون منها ثلاثاً أيضاً (٣ و ٥ و ٦) وحضر ما يتعلق بالمواد (٧ و ٤٠ و ٤١ و ٤٢ و ٤٣) . وكتب منها فضيلة الشيخ يوسف أبو غريب اثنتين (٩ و ١١) وحضر ما يتعلق بالمواد (١٤ و ١٥ و ٥٠ و ٥١ و ٥٤ و ٥٥) . وكتبت أنا المذكرات الثمانية الباقية (٢ و ٧ و ٨ و ١٠ و ١٢ و ١٣ و ١٤ و ١٦) وحضرت ما يتعلق بالباق من مواد القانون وهو ٤٤ مادة .

ما كانت تسير عليه من قبل وهو الانتظار حتى يتم إقرار جميع الأحكام، بل قامت بصوغ ما أقر من الأحكام وما أعدته اللجنة التحضيرية ولم يقر، وعرضت على اللجنة المشروع كاملا، ومتى غيرت اللجنة بعض الأحكام عادت هى إلى صوغها وذلك رغبة فى أن يتم إقرار المشروع وتحريره فى وقت واحد.

وقد انتهى إعداد المشروع وتحريره فى مارس سنة ١٩٤٢، وقد يبدو لأول وهلة أن إعداد هذا المشروع أخذ وقتاً أطول مما يحتاج إليه ومما يتناسب مع الاستعجال والشكاوى الملحة والرغبة فى الإسراع، والواقع أن لجنة الأحوال الشخصية لم تشتغل بهذا المشروع أكثر من تسعة أشهر ولم تعقد له أكثر من إحدى وعشرين جلسة، ولكن طرأ عليها خلال الاشتغال به ما حولها إلى الاشتغال بغيره أو عاقها عن العمل ودعاها إلى الانقطاع، فقد اشتغلت بهذا المشروع شهرى يناير وفبراير سنة ١٩٤٠، ولما تم تحرير مشروع الوصية استغرق نظرها فيه شهر مارس، وما كادت تعود إلى الوقف حتى نشأت أزمة المواريث، التى بدأت فى اللجنة التشريعية خاصة بأسباب الميراث وولاء العتق، وقد جر الأخذ والرد واشتداد هذه الأزمة إلى انقطاع لجنة الأحوال الشخصية عن العمل من ٨ أبريل سنة ١٩٤٠ لغاية ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ ولما انفرجت هذه الأزمة سارت اللجنة فى عملها إلى أن ظهر فى أواخر مايو سنة ١٩٤١ غيم فى أفق كبار المشايخ ثم تكاثفت السحب وغام الجو فكان ذلك سبباً فى انقطاع اللجنة عن العمل إلى ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ حيث عادت إلى العمل بعد انقطاع طويل لأسباب لا صلة لها باللجنة ولا بهذا المشروع ولا بأعمالها على وجه العموم.

وقد كان رجال هذه اللجنة خلال عملهم على أتم ما يكون من الرغبة الصادقة فى العمل والجد والنشاط، امتلأت نفوسهم بالعمل على الإصلاح وخير دينهم وأمتهم، وبالسعى لإظهار محاسن الفقه الإسلامى ومزاياه، وقد بلغوا ذروة الحرية فى مناقشاتهم وإبداء آرائهم مع اختلافهم فى المناصب والمكانة والنفوذ، لا يجامل أصغرهم فى رأيه وعقيدته أكبرهم، ولا يحاول كبيراً أن يثنى صغيراً عن رأيه بغير الحجة والبرهان، وقد كانت لهم مناقشات واسعة فى الفقه وفى النظرات الاجتماعية

لو اتسعت لها محاضر الجلسات لكانت ذخيرة يفتخر بها ولكن الظروف حتمت أن تكون مقتضبة أتم الاقتضاب . وإذا كان رجالها صفوة مختارة من كبار رجال القضاء والفقه والقانون ، فقد امتاز المغفور له رئيسها بعلو كعبه فى فهم أسرار الكتاب والسنة وإدراك مرامى الآراء الفقهية ، وبالنظرة الإصلاحية الاجتماعية التى لا يحدها أفق ، وبصفاء الذهن وحسن الضبط والترتيب والتوجيه ، وسلامة الذوق واللباقة وسحر البيان ، والبشاشة وجميل الصبر ، وقد كان طيب الله ثراه أقدر من عرفت على خلق الجو الباسم المرح حينما يحتدم الأمر وتتكاشر الوجوه ، فيعود الحال خيراً مما كان ، وكان للجنة من رياسته وحسن توجيهه ما لا يفى بتفصيله إلا كتاب ذهبى .

هذه هى الحال داخل اللجنة ، أما خارجها فقد ازداد نشاط المستحقين وأخذوا يلحون ويتعجلون الفراغ من المشروع بمختلف الوسائل ، بالوفود وإرسال المذكرات والكتابة فى الصحف وتوجيه الأسئلة فى البرلمان ، وفى أواخر هذا العهد كثرت اجتماعات لجان المستحقين على اختلاف نزعاتهم ووردت على اللجنة آراؤها بالرسائل والتلغرافات وتبين إذ ذاك قيام حزبين ، يناصر أحدهما الرجعية فى الاستحقاق الواجب ، والحزب الآخر يناهضها ، ولم يثر أى أحد من رجال الدين على هذا المشروع مثل تلك الثورة التى استقبل بها تحديد سن الزواج وقانون سنة ١٩٢٩ .

كما أن الذين كانوا يناهضون قانونى المواريث والوصية بحجة أن فى تقنين الفقه الإسلامى عبثاً به وتمزيقاً له وأنه يجب أن يكتفى من ذلك بما تدعو إليه الحاجة ، هؤلاء لم يجدوا سبيلا للكلام بهذه النغمة حول مشروع الوقف لأنه قد اقتصر على علاج المسائل التى كثرت الشكوى منها ، ولكن كان إذ ذاك أمر بدأ همساً ثم ما لبث أن ظهر ووضح ، لقد تخوف كثيرون من القضاة والمحامين الشرعيين من هذه المشروعات ، ورأوا أنها تخبىء فى طياتها شراً مستطيراً للمحاكم الشرعية ، ثم ما لبث الجو أن تناثر فيه ما زاد هذه المخاوف وجعل من كانوا غير مؤمنين بهذا الكلام يتوجسون خيفة .

ولما تم المشروع تقدمت به لجنة التحرير والصياغة إلى وزير العدل نيابة عن لجنة الأحوال الشخصية .

٢ — مرحلة الدرس والاستفتاء والتقدم إلى البرلمان :

كان أول من بدأ بدراسة هذا المشروع من وزراء العدل هو حضرة صاحب المعالى محمود غالب باشا ، وكان ذلك فى أواخر سنة ١٩٤١ وكانت اللجنة التحضيرية قد أتمته خلال فترة الانقطاع الأخيرة ، فأخذ معاليه فى دراسته مع حضرة صاحب الفضيلة الشيخ عبد الرحمن حسن رئيس اللجنة التحضيرية ومعى ، ولما انتهى من دراسة المواد التى أقرت لجنة الأحوال الشخصية أحكامها رأى أنه لا فائدة إذ ذاك من دراسة المواد التى لم تقر أحكامها فأرجأ ذلك . وكانت له بعض الملاحظات على المواد التى درسها أشار بعرضها على لجنة الأحوال الشخصية . وكانت اللجنة قد رأت بداية الأمر أن تقوم اللجنة التحضيرية بعرض ما يقرر من الأحكام تباعاً على كل من يعنيهم الأمر وقد رأينا أن أفضل طريق أن ينشر ذلك على الكافة بواسطة الصحف اليومية ، فكانت اللجنة التحضيرية بوزارة العدل أشبه بمكتب استعلامات ، فرجال الصحافة لهم كل ما يريدون ، فمن شاء أخذ الأحكام واكتفى ، ومن شاء أخذ المذكرات ونشرها أو نشر منها ما يريد ، وجماعات المستحقين كانوا يفدون علينا فى آونة مختلفة مستفسرين ومتفهمين فكان لكل منهم من الشرح والإيضاح ما يتلاءم مع استعداده ، ومن طلب منهم شيئاً من الأحكام والمشروعات أعطى له متى كان أهلاً للاستفادة منه .

وقد أرسل المشروع إلى وزراء وزارة العدل ووكلائها السابقين وإلى محكمتى استئناف مصر وأسيوط الأهليتين وإلى النقابتين الأهلية والشرعية وإلى من طلبه من رجال القضاء والفقه وإلى المغفور له حضرة صاحب السمو الأمير عمر طوسون باشا .

وكانت نتيجة الاستفتاء أن ورد على وزارة العدل تقرير من حضرة صاحب العزة أحمد صفوت بك المستشار (رئيس محكمة استئناف الاسكندرية)

يعترض فيــه على الحد من حرية الواقف وتقرير مبدأ الاستحقاق الواجب ، أما صاحب العزة المستشار أحمد مختار بخيت بك (وكيل استئناف الاسكندرية) فقد أرسل مشروع قانون للوقف لم يخرج فيــه عن أحكام مذهب الحنفية . وقدم حضرة صاحب العزة والفضيلة الأستاذ الشيخ محمد خيرت راضى بك لوزير العدل تقريراً بما لاحظه وما يرى إدخاله من تعديل على المشروع ، ثم لم يرد من الفنيين شيء أكثر من هذا ، وكل ذلك نظر فيه حين دراسة الوزير للمشروع . أما المغفور له الأستاذ أحمد بك ابراهيم فقد قابل وزير العدل فى أغسطس سنة ١٩٤٢ وقدم إليه مذكرة مطبوعة يعترض فيها على الأحكام الخاصة بتملك ما انتهى فيه الوقف المؤقت وسيأتى فى المرحلة التالية تفصيل هذا الحادث من بدايته لنهايته . والمغفور له الأمير عمر طوسون لم يرسل برأيه إلا بعد أن قدم المشروع إلى البرلمان بعشرة أيام، فقد أرسل إلى رئيس الحكومة كتاباً مؤرخاً فى ٢٤ مارس سنة ١٩٤٣ يعترض فيه على مشروع القانون ، كما أرسل إليه و إلى وزير العدل كتابين فى ٢ مايو سنة ١٩٤٣ ومع كل منهما صورة من مذكرة وردت إليه من الشيخ محمد حسن سعيد من علماء الأزهر بفاقوس ملفتاً النظر إلى ما تضمنته هذه المذكرة من بحوث وأسانيد لها قيمتها . وهذه المذكرة قد عابت تأقيت الوقف وقالت إن التأبيد شرط فى صحة الوقف ، وقالت إن فى المشروع حداً من حرية الواقف واعتداء على حرية المالكين ، وفيه اغتصاب للمنافع من مالكيها ونقض للوقف بعد انبرامه ، وأخذت تستدل على جواز الوقف على بعض الذرية دون البعض . هذا هو كل ما بها و إن كانت مطولة . وقد أرسل الوزير إلى المفتى كل ما أرسل به الأمير فأفاده بأن النصوص الواردة بالمذكرة هى لبعض الفقهاء واللجنة لم تأخذ بها وأخذت بأقوال فقهاء آخرين مراعاة للمصلحة العامة . أما آراء الأمير وملاحظاته فسيكون لها ما تستحقه من العناية وعظيم الاهتمام أمام لجنة العدل بمجلس الشيوخ ، وقد أرسل الوزير إلى الأمير رداً على كتابيه متضمناً لما جاء بكتاب المفتى إليه[1] .

---

(١) نص كتاب سمو الأمير الأول هو : =

هذا هو كل ما وجه إلى المشروع من النقد فى هذه المرحلة .

وفى نوفمبر سنة ١٩٤٢ بدأ معالى صبرى باشا فى دراسة المشروع مع لجنة مؤلفة من سعادة وكيل الوزارة (محمد محمود باشا) وحضرات أصحاب الفضيلة مفتى الديار المصرية (الشيخ عبد المجيد سليم) ورئيس اللجنة التحضيرية (الشيخ عبد الرحمن حسن) ورئيس التفتيش (الشيخ حسنين مخلوف) والشيخ محمد فرج السنهورى ، وأثناء هذه الدراسة أدخلت على المشروع تهـذيبات أكثرها من ناحية الصياغة ولكن أحكامه ومبادئه لم تمس ، وكان اتجاه الوزير واضحاً تمام الوضوح فى عـدم الرضا عما تضمنه المشروع من نظام محاسبة النظار وجعله من اختصاص المحاكم الشرعية محتجاً بأنه يحتاج إلى زيادة فى عدد رجال القضاء الشرعى لا تسمح بها الحالة المالية و بأن فيه سلباً لاختصاص المحاكم الأهليـة والمختلطة وصرح مراراً بأنه لا يستطيع الدفاع عن هذه الأحكام رغم ما أدلى به المشايخ ، كما أنه كان غير مستريح إلى عدم النص على أن تكون قسمة الوقف بين مستحقيه من اختصاص المحاكم المدنية . وقد استقر الرأى على وضع نص آخر برأى أقلية لجنـة الأحوال الشخصية فى تملك الوقف المؤقت بعد انتهائه وتحكيم اللجنة التشريعية فى هذا الأمر

= حضرة صاحب المقام الرفيع رئيس مجلس الوزراء .

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته . وبعد فقد أرسل إلينا حضرة صاحب المعالى وزير العدل صورة من مشروع القانون المقول عنه بأنه لتنظيم الوقف . ومن قراءته استنتجنا أنه قانون يجعل الوقف موجوداً اسما ومعدوما فعلا لما اشتمل عليه من مواد تحد من حرية المالك فى التصرف فى ملكه كيفما شاء وإلغاء الوقف بعد انقضاء مدة معينة فيه . فهو فى وضعه الحالى مع الأسف يدل على أن الفـكرة المهيمنة على وضعه هى عدم حفظ ميراث العائلات الـكبيرة وجعلها عرضة للضياع بتصرف السفهاء من أعضاء هذه العائلات وحيث أن غرض الواقفين جملة هو حفظ الثروة من الضياع والتبذير بتصرف السفهاء من ذرية الواقف وتمكين ورثته وذرياتهم من العيش عيشة مرضية بما يغله الموقوف فإنى لا أفهم معنى للاتجاه الذى وضع فى مشروع القانون لإلغـاء الواقف والحد من حرية الواقف على النحو المفصل فيه طالما كانت غلة الموقوف كفيلة بتحقيق قصد الواقف أما إذا انعدم هذا القصد وضؤلت غلة الوقف فإلغاؤه واجب كما أشار إليها القانون فى بعض نواحيه

لذلك رأينا أن نكتب لمقامكم الرفيع بما عن لنا من ملاحظات وتعليقات على هذا القانون ملفتين النظر إليها سائلين الله تعالى أن يوفقكم لما فيه الخير والفلاح .

وختاما تقبلوا مزيد سلامنا وعظيم احترامنا . عمر طوسون

بعد أن اقتنع بأن تشكيك المرحوم أحمد بك ابراهيم فى السند الفقهى لما جاء بالمشروع لا وجه له . وكانت اللجنة قد تركت للحكومة أمر استثناء الأوقاف التى فى نظر وزارة الأوقاف و بعض الهيئات من تطبيق أحكام القانون فى القسمة وفى النظر ووضعت لكل من الحالين النص الملائم لها ، وكذلك رأى هو أن يترك الأمر لمجلس الوزراء .

و بعد انتهاء هذه الدراسة عرض المشروع على اللجنة التشريعية برياسة معاليه وكنت أحضرها أنا وحضرة صاحب الفضيلة الأستاذ الشيخ عبد الرحمن حسن فأتمت نظره فى بعض جلسات ، ولم تحدث فيه هذه اللجنة شيئاً يذكر سوى أنها عدلت الصياغة فى بعض مواده واختارت رأى أكثرية لجنة الأحوال الشخصية فى ملكية الوقف المنتهى واستبعدت الأحكام الخاصة بوجوب محاسبة النظار محاسبة دورية .

و بعد أن تم نظره باللجنة التشريعية تأخر إرساله لمجلس الوزراء قليلا وأحسست بأن هناك اجتماعات يعقدها الوزير بشأنه مع حضرات أصحاب الفضيلة رئيس المحكمة العليا الشرعية ومفتى الديار المصرية ورئيس اللجنة التحضيرية لم أدع إليها ولم أعرف ما دار فيها وكانت محوطة بالكتمان ، ولكنها انجلت آخر الأمر عن إدخال تعديلات وقيود على المادة الخاصة بالرجعية فى الاستحقاق الواجب اقتضتها شكايات وملاحظات تقدم بها أربابها إلى الوزير .

وأرسل المشروع إلى مجلس الوزراء وصدر مرسوم ١٣ مارس سنة ١٩٤٣ باحالته إلى البرلمان ، ولم يدخل مجلس الوزراء عليه أى تعديل ولكنه اختار استثناء الأوقاف التى فى نظر وزارة الأوقاف و بعض الهيئات من تطبيق أحكام القسمة والنظر واختارت وزارة العدل إرساله إلى مجلس الشيوخ أولا وفاء بوعد سبق من وزيرها لهذا المجلس حين الإجابة على سؤال متعلق به ، وأرسلته إليه فى ١٦ مارس سنة ١٩٤٣ :

٣ — فى مجلس الشيوخ للمرة الأولى :

وعرض هـذا المشروع فى يوم إرساله على المجلس الذى تلقاه باهتمام عظيم ، فمن الشيوخ من اقترح إحالتـه إلى لجنتى العـدل والأوقاف مجتمعتين ، ومنهم من اقترح تأليف لجنـة خاصة لنظره لأنه يهم الاقتصاد العام فى البلد ولأنه تجديد له أهميته ، ولـكنه أحيل إلى لجنـة العدل وحدها بعـد إن أشار رئيس المجلس إلى حق كل شيخ فى حضور اجتماعات اللجنة و إلى أن المشروع سيتم طبعـه هو ومذكرته التفسيرية و يوزعان فى اليوم التـالى على جميع حضرات الشيوخ ، ولفت الأنظار إلى أن مشروعاً هاماً كهـذا المشروع يجب أن تدرس الاقتراحات التى تقدم بشأنه درساً عميقاً فى اللجنة لا أن ترتجل ارتجالا فى أثنـاء الجلسة ورجا كل من له ملاحظة أو اقتراح أن يتقدم إلى اللجنة برأيه و يدافع عنه أمامها ، وأعلن أحد الشيوخ أنه نظراً لأهمية المشروع قد اتفق مع وزير العدل بأن ما ينشر عن هذا المشروع فى الصحف سوف لايخضع للرقابة لأن الكثيرين يهتمون به أشد الاهتمام و يرغبون فى أن يبدوا آراءهم فيه ، وأيد الوزير ذلك .

وقد بدأت لجنـة العدل فى نظر هـذا المشروع بجلسة يوم الأحد ٢٨ مارس سنة ١٩٤٣ وانتهت من نظره بجلسة ١٣ مارس سـنة ١٩٤٤ ورفعت تقريرها عنه إلى المجلس فى ١٤ مارس سـنة ١٩٤٤ ، وقد نظرته فى ثمـان وأربعين جلسة ، فإذا أضفنا إلى ذلك أربع جلسات عقدتها لنظر المواد التى أعادها إليها المجلس أثناء نظره ، واثنتى عشرة جلسة عقدتها لجنة الخمسة التى شكلها المجلس لتنظيم أحكام الرجعيـة ، كان عدد الجلسات التى عقدتها اللجنتان من أجل هـذا المشروع أربعاً وستين جلسة فى مدة أربَتْ على عام .

وقد بحثت اللجنة مع هذا المشروع مذكرة قدمها إليها حضرة الشيخ المحترم عبد الرحمن نور بك فى أول جلسة من جلساتها تتضمن اقتراحه الإبقاء على الأوقاف الخيرية . ومنع الأوقاف الأهلية وحل الموجود منها ، واقتراحا بمشروع قانون

بتعديل أحكام الوقف قدمه حضرة الشيخ المحترم الأستاذ عباس الجمل إلى رئيس المجلس فى ابريل سنة ١٩٤٣ ، وهو مكون من ١٩ مادة ومعه مذكرته الإيضاحية

وقد بحثت اللجنة كل هذا من مختلف نواحيه وكانت نتيجة بحثها إقراراً لبعض مواده وحذفاً وتعديلا للبعض الآخر و إضافة أحكام جديدة إلى المشروع ، كما غيرت ترتيبه لتكون مواده أكثر تناسقاً وأحسن ترتيباً . ومن التعديلات الجوهرية التى أدخلتها على المشروع جواز التأقيت والتأبيد فى الوقف الأهلى ، والعودة بوقف المنقول إلى مذهب أبى حنيفة ، وعدم إجازة وقف حصص وأسهم الشركات ، وإعطاء الواقف حق التغيير فى وقفه و إن حرم نفسه من ذلك ، و إجازة الرجوع والتغيير فى الوقف الخيرى ، وأخذت برأى الأقلية فى لجنة الأحوال الشخصية فى ملكية الوقف المنتهى ، ولم تقل ببطلان الوقف فى مقدار النصيب الواجب بل أدخلت صاحبه فى الاستحقاق بقدر ما يجب له ، أما رجعية الأحكام الخاصة بالاستحقاق الواجب فكانت مثار بحث طويل وجدل كان عنيفاً فى بعض الأحيان وقد استباحت اللجنة لنفسها — كما قالت فى تقريرها — أن تعيد البحث فيها غير مرة كلما عن لأحد أعضائها أو غيرهم فكرة أو رأى يصح أن يعرض للبحث رغبة منها فى أن تصل إلى رأى حاسم وأن يرتاح ضمير حضرات أعضائها إلى ما يستقر عليه الأمر ، لذلك أعيد بحثها فى جلسات مختلفة واختلف الرأى فى تلك الجلسات تبعاً لعدد الأعضاء الحاضرين واختلاف آرائهم و بحثهم . وأخيراً جداً أخذت بعدم الرجعية لهذه الأحكام فى الأوقاف التى مات واقفوها قبل العمل بهذا القانون . أما الواقفون الموجودون على قيد الحياة فإن أوقافهم يجب أن تخضع لهذه الأحكام .

وأثناء نظر اللجنة لهذا المشروع كثر ضجيج المستحقين وتوالى حضور وفودهم المستعجلة إلى وزارة العدل ومجلس الشيوخ حتى سئم سعادة رئيس المجلس مقابلتهم وكان ذلك سبباً فى أن توجه سعادة رئيس اللجنة إلى حضرات أعضائها فى جلسة أول سبتمبر سنة ١٩٤٣ برجاء الاقتصاد فى المناقشات حتى يمكن الفراغ من المشروع ، أما المستحقون فقد نشروا فى الجو اتهامات كاذبة ورموا بعض الأعضاء

بهتانا بالعمل على تعطيل المشروع لأغراض خاصة . وقد ورد لسعادة رئيس المجلس كتاب من مجهول فيه كثير من الاهانة ، يلفت فيه نظره إلى نشاط رئيس مجلس النواب و إسراع مجلسه فى إنجاز الأعمال ، و يطالبه بالتنحى عن رياسة المجلس ، وقد قرأه سعادته على اللجنة بحضورنا وهو باسم بل ضاحك .

وقد بدأ المجلس فى نظر هذا المشروع بجلسة ٢١ مارس سنة ١٩٤٤ وأتم بحثه فى سبع وعشرين جلسة وانتهى من البحث فى جلسة ١٢ يوليو سنة ١٩٤٤ وقد تقدم إليه فى بدء نظره مشروع قانون من الدكتور ابراهيم مدكور بمنع الوقف وحل الموجود منه واقتراح من الشيخ المحترم محمد نجيب جمعه بهذا المعنى . وكانت مناقشات المجلس فى هذه الجلسات الطويلة دائرة على المبادىء العامة فى الأعم الأغلب ، كمبدأ القانون نفسه ، والتأقيت والتأبيد ، والرجوع ، أما الرجعية فقد استغرقت نصف هذه الجلسات ، وكان من النادر جداً أن تدور المناقشات حول دلالات الألفاظ ومدى ما يراد منها وتفسيرها تفسيراً وافياً ، ولولا ما كان يثيره فى بعض الأحيان حضرة الشيخ المحترم أحمد رمزى بك ما وجدنا لهذا النوع من المناقشات أثراً يذكر مع أنه هو الذى يعنى من يقومون بتطبيق القانون أكثر من غيره ، ولكن عذر المجلس فى ذلك واضح ، فالتشريع من نوع جديد ومناقشة المبادىء فيه هامة جداً والكلام فيها لا يكاد ينفد فلم يكن بد مما كان غير أنه مما لا نزاع فيه أن دراسة المجلس لهذا المشروع كانت دراسة وافية جداً أغنت كل من نظر فيه بعد ذلك عن المشقة والتعب .

وقد خالف المجلس لجنة العدل فى أكثر المبادىء التى غيرتها فى المشروع فعاد إلى أحكامه فى التأقيت والتأبيد ، ووقف المنقول والأسهم ، وملكية الوقف المنتهى والرجعية .

وقد حدث أثناء نظر المجلس لهذا المشروع ثورة خفية وضجيج على صاخب ، أما الضجيج فقد كان أبرز ما يكون فى موقفين ، فى ملكية الوقف المنتهى ، وفى الرجعية .

أما الضجة حول ملكية الوقف المنتهى فقد كان السبب فى إثارتها آراء المغفور له الأستاذ أحمد بك ابراهيم ، لقد كان رحمه الله من فقهاء عصرنا البارزين ، واسع الاطلاع ذا ذوق فقهى سليم ، خدم الفقه الإسلامى أجل الخدمات بدراسته فى مدرسة القضاء الشرعى وكلية الحقوق ، و ببحوثه الممتعة ومؤلفاته الكثيرة النافعة ، و بتلاميذه الكثيرين من رجال القضاء والتدريس والمحاماة وغيرهم ، ولكنه مع دماثة خلقه وطيب قلبه كانت أعصابه حساسة إلى أبعد مدى فكان إذا غضب ثار ثورة مرة وأظلمت الدنيا فى عينيه وانعكست لديه الأمور . لما عرض على لجنة الأحوال الشخصية حكم ملك الموقوف إذا انتهى الوقف المؤقت كان من القائلين بعوده إلى الواقف إن كان حياً ولورثته يوم موته إن كان ميتاً ومع طول المناقشة فى ذلك كانت هادئة ليس فيها ما يثيره ، وقد ألقى فى ١٢ فبراير سنة ١٩٤٢ محاضرة بدار جمعية التشريع والاقتصاد نشرت بمجلة « القانون والاقتصاد » دافع فيها عن الوقف وأورد أهم مبادىء المشروع وكانت محاضرته كلها ثناء على هذا المشروع واجتنب فيها الكلام عن الوقف المؤقت والملك فيه بعد الانتهاء ، وختمها بقوله إن فى المشروع مبادىء أخرى روعى فيها كلها روح العصر ، ووضع أحكام تزول بها شكوى الشاكين وصيانة الأعيان الموقوفة ، وتحقيق ما قصده الشارع من شرعية الوقف ، ولما أعيدت قراءة المشروع بعد ذلك ناقش فى هذه المسألة مرة أخرى وكانت مناقشته حول السند الفقهى للحكم الذى أخذت به اللجنة ، وكان فيها هذه المرة أخذ ورد ثم حدة أغضبته فتألم لذلك ألماً كثيراً مشوباً بالإشفاق على الفقه من ناحية وبالعتب على مناظره لما له عليه من حق وانفضت الجلسة وهو غاضب وأعلن حين الانصراف أنه سيدافع عن رأيه فى الخارج بكل وسيلة ، وفى ٨ أغسطس سنة ١٩٤٢ تقدم إلى معالى وزير العدل بتقرير واف عن رأيه فى هذه المسألة وكان فى ذلك الوقت يدرس الوقف والمشروع لطلبة الدكتوراه بكلية الحقوق وكتب لهم فى ذلك كتاباً حمل فيه على هذه المسألة وعلى التلفيق وغير ذلك (ص ١٢ — ١٤ ، ص ٣٩ — ٥٣) وظهر له فى المشروع رأى غير الأول . ولما

عرض هذا المشروع على مجلس الشيوخ وافق على الحكم الوارد بالمشروع فى جلسة ٣ أبريل سنة ١٩٤٤ وعلى صياغته بجلسة ٤ منه . وعقب الموافقة أراد المقرر فتح باب المناقشة فى المادة لأن الأستاذ عبد الرازق القاضى بك وجه نظره إلى ما جاء بمؤلف للأستاذ أحمد ابراهيم بك وقد جاء فيه أن القول بما أخذت به لجنة الأحوال الشخصية فى هذه المسألة مخالف للإجماع فضلا عن كونه مخالفاً لمنطق العقل والشرع جميعا ، وكانت من وراء ذلك مناقشة طويلة شرح فى أثنائها السند الفقهى حضرة صاحب الفضيلة الشيخ عبد الرحمن حسن مندوب وزارة العدل وانتهت برفض طلب فتح باب المناقشة ، وقد كتب رحمه الله إذ ذاك عن هذا الموضوع بالأهرام وكتب فيه الشيخ محمد عبد اللطيف السبكى (الحنبلى) ، ثم ألقى رحمه الله محاضرة بدار الجمعية الجغرافية الملكية قسا فيها كل القسوة على المشروع وواضعيه ، وتناول الفقيه حرباً من أصحاب الإمام أحمد بما تناول وشكك فى الثقة به وبكتاب الفروع وقال عن المشروع إنه تنقصه سلامة البناء وتناسق الأحكام وخلوها من روابط تربط بعضها ببعض ، وأن فيه تساهلا فى أخذ الأحكام واقتباسها من أى من الكتب المصنفة فى الفقه وحمل على التلفيق حملة شعواء وقال إنه عمل باطل خارق للإجماع . وبعد انتهائه من المحاضرة ارتقيت المنبر وقلت إنه إذا كان ما جاء بالفروع محل اشتباه أو تأول ، لما هو عليه من الإيجاز ، فالنص على ذلك مبسوط بسطاً وافياً فى قواعد ابن رجب وتلوته على الحاضرين ، هذا من ناحية النص أما النواحى الأخرى فكان المقام لا يتسع لها لذلك وعدت بالقاء محاضرة فى وقت قريب ، وقد قسا رحمه الله قسوة مقذعة على زملائه رجال لجنة الأحوال الشخصية فى شرحه الشفوى وتناولهم بما لا يليق به ولا بهم ، وقد هم معالى العشماوى باشا بالرد على ذلك عقب انتهائى ، ولكن من شهدوا المحاضرة على قلتهم كان أكثرهم من شيعته فحالوا بين معاليه وبين ذلك بصخبهم . ولم أستطع الوفاء بما وعدت به من إلقاء محاضرة لكلام ألقى إلى فى الأيام التالية من ثقة مقرب اشتممت منه رائحة التهديد ، فقد كان الجو إذ ذاك مسموماً ، والرغبة قوية فى تشويه رئيس

اللجنة ، شيخ الأزهر ، بأية وسيلة ، والأحكام العسكرية سيف مصلت لا يرحم .

ولما اقترب المجلس من نظر مواد الرجعية تزايد نشاط خصومها وهم الأقوون وطبعوا البحوث والمذكرات ووزعوها ، كما تناثرت النشرات البذيئة وفيها ما يمس رئيس مجلس الشيوخ ووزير العدل وغيرهم ووصل إلى بعض الأعضاء رسائل وبرقيات فيها كثير من الإهانة وفى بعضها تهديد بالقتل وممن هددوا بالقتل مقرر اللجنة عقب إلقاء بيانه الخاص بالرجعية وقد أعلنت الحكومة أنها اتخذت كل الإجراءات التى تملكها من هذه الناحية وأصدر المجلس قراراً فى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٤ بأن تمتنع مصلحة التلغرافات قطعيةً عن قبول أية برقية موجهة لأى عضو خاصة بهذا الموضوع ، وكان من وراء الرجعية ما كان بين حضرة صاحب المعالى محمود غالب باشا من ناحية والمجلس وحضرة صاحب المعالى صبرى باشا من ناحية ، وما حدث مدون بمضابط المجلس ولا حاجة بنا إلى ذكره وكان لهذا أثره فى تحول التيار الذى كان قوياً ضد الرجعية وظفر الوزير بإقرارها ولكن بأغلبية صوتين فقط ، وقد أثير بشأن الرجعية فى المجلس بحث فقهى حول كونها متفقة مع أصول الشريعة أو غير متفقة واستعان الوزير فى رده بما جاء بفتوى للمفتى .

أما الثورة الخفية فكانت على المادة (٤٧) الخاصة بالنظر على الأوقاف الخيرية وقد اقترحها وزير الأوقاف ، وتعب رئيس المجلس وتعبنا معه فى صياغتها يومين حتى جاءت محكمة وأقرتها اللجنة بالإجماع ووافقت عليها الحكومة وأطنب تقرير اللجنة فى الثناء على وزارة الأوقاف وأحقيتها فى النظر عليها بعد الواقف ، ولكنها استردت من المجلس وتبخر الثناء على وزارة الأوقاف وحل محله الثناء على غيرها وتضاءل أمرها فصارت حكماً لا داعى إليه وفقرة من مادة ، ولست أريد أن أتحدث فى هذا المقام بأكثر من هذا .

ولم ينظر إلى هذا المشروع بالنظرة الحزبية بل نظر إليه على أنه مشروع قومى فى اللجنة وفى المجلس ، وقد أعلن ذلك رئيس الحكومة ووزير العدل إذ ذاك فى مناسبات متعددة ولذلك كان كل شيخ يصدر عن عقيدته الشخصية أياً كان

لونه الحزبى ، ولم تظهر فيه النزعة الحزبية — أو على الأصح الشخصية — إلا فى الرجعية والنظر على الأوقاف الخيرية ، كما كان للنفوذ الحزبى للأستاذ محرم بك فهيم نقيب المحامين الشرعيين أثره الحميد فى استبعاد النص على أن قسمة الوقف تكون من المحكمة الأهلية .

وفى ١٧ يوليو سنة ١٩٤٤ أخذ الرأى بالنداء بالاسم على هذا المشروع ، وكان عدد الحاضرين ٧٨ ، وافق عليه منهم ٥٨ ، ولم يوافق عليه ١٤ ، وامتنع عن إبداء الرأى فيه ستة ، امتنع اثنان منهم لأنهما لم يوفقا مخلصين لتغليب خيره على ضرره فيوافقان عليه ولا لتغليب ضرره على خيره فيرفضانه ، وامتنع ثالث لأن المواد ٤ و ١٥ و ٢٧ لا سند لها فى الشرع إطلاقا ولا صلة لها بالشريعة الإسلامية ، ورابع لأنه يعتبر نظام الوقف الأهلى غير متفق مع روح العصر ، وخامس لأن فيه أحكاماً تخالف رأيه ، وامتنع السادس لاشتماله على أحكام الرجعية .

وقد وافق المجلس على المشروع ، وأرسل فى اليوم نفسه إلى مجلس النواب فأحاله إلى لجنة الشئون التشريعية فلم يتيسر لها نظره قبل انتهاء الدورة ، ثم أقيلت الوزارة فى ٨ أكتوبر سنة ١٩٤٤ وتلا ذلك حل مجلس النواب .

٤ — مرحلة الاسترداد والتنقيح :

بعد الفراغ من انتخابات مجلس النواب استردت الحكومة من البرلمان بالمرسوم الصادر فى ٣ فبراير سنة ١٩٤٥ عدة مشروعات منها هذا المشروع ، وقد استقر الرأى على أنه ليس ثم مايدعو إلى عرضه على لجنة الأحوال الشخصية ، والاكتفاء باستشارة البارزين من أعضائها فى أمر الرجعية وفيما طرأ من التعديلات الأخرى على المشروع ، وقد قام بهذه الاستشارة حضرة صاحب العزة عبد اللطيف غربال بك وكيل وزارة العدل وكنت معه ، ومما قاله المغفور له رئيس اللجنة إنه كان من أول الأمر متشدداً تمام التشدد فى رجعية أحكام الاستحقاق الواجب لما يرى فى ذلك من الخير والعدل والرحمة ولكن رغبة ممثلى الأمة عنها قد تجلت

واضحة فى مجلس الشيوخ كما اتضح له أن هذا رأى الأكثرين من ذوى الرأى خارج البرلمان ولا مفر من الخضوع لسلطان الرأى العام فهو لا يتمسك بها ، وكانت نتيجة هذا الاستفتاء فى مجموعها ضد الرجعية والابقاء على التعديلات الأخرى التى أقرها مجلس الشيوخ وألفت الوزارة لجنة لتنقيح هذا المشروع من حضرات أصحاب المعالى والفضيلة والعزة محمد حافظ رمضان باشا وزير العدل ، ومحمود غالب باشا وزير الأشغال ، وعبد اللطيف غربال بك وكيل وزارة العدل ، والأستاذ الشيخ عبد المجيد سليم مفتى الديار المصرية والأستاذ محمد خيرت راضى بك عضو الشيوخ ومقرر المشروع ، والأستاذ أحمد حسين بك مفتى وزارة الأوقاف والشيخ محمد فرج السنهورى ، وقد أنجزت هذه اللجنة تنقيح المشروع فى أيام ٢٠ و٢٢ و٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ فاستبعدت منه أحكام الرجعية فى الاستحقاق الواجب وأوصدت بابها إيصاداً تاماً ، وأخذت بجواز التأقيت والتأبيد فى الوقف الأهلى وجواز اشتراط الواقف الشروط العشرة لغيره ، وبأن ما انتهى فيه الوقف يكون ملكا للواقف أو لورثته (خالفت فى الثلاثة الأخيرة نتيجة الاستفتاء ومجلس الشيوخ معاً) ، واستبعدت أحكام الاستحقاق الواجب بالنسبة لولد من مات قبل الواقف انتظاراً لصدور قانون الوصية وعدلت مادة المرتبات ، وأعادت المادة الخاصة بالنظر على الأوقاف الخيرية كما أقرتها لجنة العدل بالشيوخ أولا ، ولكن قبل إرسال المشروع لمجلس الوزراء طلب بعض الأعضاء من المشايخ النص على تقديم المشروط له النظر على وزارة الأوقاف ووافق الباقون متفرقين ، فأضيف ذلك ، ونظمت الاستثناءات تنظيما بيناً حسناً ، وفيما عدا هذا لم تمس المشروع الذى أقره مجلس الشيوخ إلا بتغيير قليل فى الترتيب وتعديل لفظى ، وقد انطبع هذا التنقيح بطابع لجنة العدل بمجلس الشيوخ لوجود أربعة فيها ممن كانوا يحضرون تلك اللجنة كأعضاء أو مندوبين ، كما انطبع بطابع السرعة للاستعجال من عدة جهات رسمية وغير رسمية ، ولهذا السبب وحده سقطت الفقرة الثانية من المادة الأولى الخاصة بوقف المسجد ولم ينتبه لذلك أحد حتى صدر القانون .

وقد أرسل المشروع لمجلس الوزراء فى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٥ وصدر المرسوم فى ٣ يونيه سنة ١٩٤٥ بإرساله إلى البرلمان فأرسل فى ٤ منه من وزارة العدل لمجلس النواب .

٥ — فى البرلمان للمرة الثانية

أحال مجلس النواب بجلسة ٤ يونيه سنة ١٩٤٥ هذا المشروع إلى هيئة مكونة من لجنة الشئون التشريعية ولجنة الأوقاف ونظراً لكثرة عدد أعضاء هذه الهيئة وقرب العطلة البرلمانية فى ذلك العام لم يتيسر لها نظره قبلها ، وفى الدورة التالية أحالته الهيئة إلى لجنة فرعية ثم نظرته وقدمت تقريرها عنه إلى المجلس فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٥ الذى نظره فى جلسات ٢١ و ٢٢ و ٢٣ و ٢٩ يناير سنة ١٩٤٦ و٢٧ فبراير سنة ١٩٤٦ التى تم نظره فيها، وأخذ الرأى عليه نداء بالاسم فى ٥ مارس سنة ١٩٤٦ وقرر المجلس الموافقة عليه وأرسله فى اليوم نفسه إلى مجلس الشيوخ فأحاله فى ٩ مارس سنة ١٩٤٦ إلى لجنة العدل التى نظرته فى ست جلسات وقدمت تقريرها عنه إلى المجلس فى ١١ أبريل سنة ١٩٤٦ فنظر فى جلسات ١٦ و ٢٣ و٢٩ أبريل سنة ١٩٤٦ ، وفى جلسة ٣٠ منه أخذ الرأى عليه بالنداء بالاسم ، وكان عدد الحاضرين ٧٦ وافق عليه منهم سبعون، ولم يوافق عليه ٤ وامتنع اثنان ونظراً لأن مجلس الشيوخ أدخل بعض التعديلات على ماأقره مجلس النواب أعاده إليه للنظر فى هذه التعديلات ، فأحاله إلى لجنة الشئون التشريعية فى أول مايو سنة ١٩٤٦ ورفعت تقريرها عن ذلك إلى المجلس فى ١٨ منه ، وقد وافق المجلس على هذه التعديلات بجلسة ٢١ منه .

لقد كانت دراسة هذا المشروع ومناقشته بمجلس الشيوخ فى المرة الأولى شاملة كاملة لم تبق ولم تذر فأعانت على الإسراع فى نظره فى هذه المرحلة إسراعاً بالغاً كما أعان عليه الرغبة فى الانتهاء منه بمجلس الشيوخ قبل أن يتم التجديد النصفى اتقاء لإعادته إلى لجنة العدل ، فكانت المناقشات فيه بالمجلسين طفيفة جداً ، وكادت

تكون مقتطفات مما دار بمجلس الشيوخ أولا :

وقد كانت النية متجهة من وقت استرداد المشروع إلى استبقاء ما أقره مجلس الشيوخ فيما عدا الرجعية ولكن لجنة التنقيح لم تراع هذا تماماً فعاد المجلسان به إلى ما كان ، فأعاد مجلس النواب وجوب تأقيت الوقف وسلك فى ملكية الوقف المؤقت إذا انتهى طريقاً وسطاً عادلا يتسق مع أحكام الأنصبة الواجبة ، وروعى فى مجلس النواب أيضاً الاتجاه العام الذى كان واضحاً بمجلس الشيوخ فى المرة الأولى نحو الرجعية فأخذ بها بالنسبة للواقفين الأحياء ولم يأخذ بها بالنسبة لمن مات من الواقفين ، ومنع مجلس الشيوخ اشتراط الواقف الشروط العشرة لغيره وأقر ذلك مجلس النواب .

وكان أهم ما تداولته المناقشة هذه المرة الرجعية ونظام الوقف ،وقد أصر خصوم الوقف على موقفهم وتقدم الدكتور ابراهيم مدكور بمشروع قانون مكون من سبع مواد يرمى إلى منع الأوقاف الأهلية وحل الموجود منها ، وكان مشروعه فى هذه المرة خليطاً مشوشاً من الأحكام ، ولعل سر ذلك انصرافه بكل قواه إلى الحرب الانتخابية التى كان يخوض غمارها فى ذلك الحين فحرمت مضابط المجلس من جولاته وحملاته العنيفة على نظام الوقف ، وقد أسهب حضرة الشيخ المحترم الأستاذ على عبد الرازق فى الكلام عن إحداث شروط لم يقل بها الفقهاء ، وعن التلفيق الذى يراه حيلة العاجز ، وعن العبث بالفقه الإسلامى ، وختم بيانه بقوله : إنكم فى هذا التشريع توشكون أن تفتحوا فى باب التشريع الإسلامى حدثاً جديداً أخشى أن يكون بعيد العواقب ، وأخشى أن تكون أقرب الآثار المترتبة عليه أن يمزق الفقه الإسلامى الذى هو الرابطة الأقوى بين الأمم الإسلامية ، ولا شك أن هذا يمزق الأمم الإسلامية و يقطع الرباط بينها وأخشى ما أخشاه أنكم إن ولجتم مع المشروع هذا الباب الخطر الذى فتحه عليكم تكونوا بذلك قد عرضتم الفقه الإسلامى لعبث العابثين ولهزل الهازلين وللضياع ، وانى أعيذكم أن تعرضوه لذلك .

إن ما قاله حضرته بمجلس الشيوخ كان ترديداً لما سبق أن أبداه بمجلس

النواب أيام كان نائباً ، ولما نشره بعد ذلك فى الصحف ، وقد رددت على هذه الأقوال فى حينها استجابة لرغبة المغفور له رئيس اللجنة ، وحرصاً على وقت مجلس الشيوخ لم أشأ أن أعيد به هذا الرد .

(ج) علام استقر هذا القانون

وافق المجلسان على هذا المشروع ، وصدر به المرسوم الملكى ، ونشر فى الوقائع المصرية بالعدد رقم ٦١ الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٤٦ ، فصار قانوناً واجب التنفيذ . فماذا صنع بالوقف ؟ وهل خرج بأحكامه أو شىء منها عن دائرة الفقه الإسلامى ؟ ! . . . . . وهل جاء القانون نفسه مكتمل الوضع ؟! وهل حقق ما كان مرجواً وقضى على أسباب الشكوى ؟ ! الجواب عن كل هذا يتطلب منى أن أتكلم عن هذا القانون من ناحية الفقه ومن ناحية التحرير والصياغة ، ومن الناحية الإصلاحية .

١ — الناحية الفقهية

الأصل فى الوقف هو قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر رضى الله عنه حينما شاوره فى أرض له بخيبر ، حبس أصلها وسبل الثمرة ، وقد اختلفت أفهام الأئمة وفقهاء الأمصار فى معنى هذا الأثر ومدى ما يراد منه تبعاً لاختلاف مداركهم وما وصل إليهم من الروايات لهذا الحديث ، وما روى من الآثار الأخرى ، وقد أدى اختلافهم فى هذا إلى اختلافهم فى حقيقة الوقف وخصائصه اختلافاً بعيد المدى ، ولعلهم لم يختلفوا فى عقد من العقود الشرعية اختلافهم فى عقدة الوقف . فبينما تقول طائفة منهم أن عقد الوقف يتم بالإرادة المنفردة ولا يحتاج إلى القبول لا فى انعقاده وصحته ولا فى ثبوت الاستحقاق للموقوف عليه ، تقول طائفة أخرى أن الأصل فى العقود — ومن بينها الوقف — الارتباط بين اثنين وهو يقتضى اشتراط القبول ، وقد غالى بعض من اشترطوا القبول فاشترطوه حتى فى الوقف

على الجهات العامة و بينما تقول طائفة أن الوقف لابد أن يظهر فيه معنى القربة نجد طائفة أخرى لا تشترط ذلك . ومنهم من يقول أن الوقف متى تم كان لازماً بالنسبة للواقف ولورثته وغيرهم بينما يقول آخرون أنه عقد غير لازم فللواقف فسخه متى شاء ، فإن شاء أنفذه وكان ذلك حسناً و إن منعه لم يجبر عليه ، وكذلك ورثته من بعده إن أنفذوه على ما كان أبوهم أجراه عليـه فحسن و إن منعوه كان ذلك لهم ، ثم نجد القائلين باللزوم مختلفين ، فمنهم من جعله لازماً بالنسبة للعقد ، والموقوف ، وللموقوف عليه ، وللشروط ، ورتب على ذلك أنه لا يجوز للواقف أن يشترط فى وقفه استبدال الموقوف ، ولا التغيير فى المصارف والشروط . لأنه يرى أن فى ذلك منافاة لما يقتضيه العقد من اللزوم ، ومنهم من لم يتشدد هذا التشدد ، وأجاز اشتراط ذلك كله لأنه لا يرى فيـه منافاة لمقتضى العقد ولا يرى لزوم الوقف فيما اشترط التغيير فيه . ثم اختلفوا أيضاً فى تأبيد الوقف . فمنهم من لا يراه إلا مؤبداً ، ومنهم من أجاز التأقيت والتأبيد ، والقائلون بجواز التأقيت منهم من استبقى للوقف الموقت اسم الوقف ، ومنهم من سماه الحبس ، ومنهم من أطلق عليه إسماً آخر . أما اختلافهم فى ملك الموقوف فإنه يكاد يتناول الصور العقلية ، فمنهم من قال بخروج الموقوف من ملك واقفه لا إلى أحد ، ومنهم من قال ببقائه فى ملك الواقف ، ومنهم قال بخروجه إلى ملك الموقوف عليه وإن كان جهة ، ومنهم من قال بملك الموقوف له إن لم يكن جهة أما فى الجهة فلا يكون ملكه لأحد . ومسائل القبول واللزوم والتأبيد والملكية هى العناصر التى تتصل بطبيعة هذا العقد وحقيقته وهذا هو مدى اختلافهم فيها مجملا ولذلك اختلفت تعريفاتهم للوقف فعرفه كل منهم طبقاً للحقيقة والخصائص التى يراها وهذا القانون لم يلتزم فى هذه المسائل رأى فريق معين وسلك طريقة التخير و انتقاء الأصلح فيما يرى ، فالأصل فى الوقف عنده أن يكون بإرادة واحدة ولا يشترط القبول فى صحة الوقف ، ولا يشترطه أيضاً فى الاستحقاق إلا إذا كان الموقوف عليه جهة لها من يمثلها قانوناً . والوقف فى نظره لازم إذا كان مسجداً أو موقوفاً على المسجد ، كما يكون لازماً فى غير ذلك بوفاة الواقف ، وهو غير لازم

فيما عدا هذا إلا فى بعض استثناءات . وأوجب التأبيد فى وقف المسجد ، وأجاز كلا من التأبيد والتأقيت فى الوقف على ما عدا المسجد من الخيرات ، وأوجب التأقيت فيما عـدا ذلك . وأحكامه واضحة فى أن الموقوف يبقى على ملك الواقف ما دام حياً ويكون ملكاً للموقوف عليه بعد وفاة الواقف . هذا مجمل أحكام هذا القانون فى هذه المسائل ومنه يتضح أنه قد ترتب على هذا التخير إن كانت للوقف فى نظره طبيعة أخرى لا تتفق مع أية طبيعة قالت بهـا طائفة من هذه الطوائف . ومتى قارنا بين هذه الحقيقة التى اختارها هذا القانون ، وبين ما جاء بقانون الوصية من أحكام الوصية بالمنافع التى تقابل المسائل السابقة وجدنا أن الوقف قد أصبح أشبه شيء بالوصية بالمنافع وأن الفوارق بينهما محدودة جـداً . وطبيعة الوقف هذه لا تختلف فى الأوقاف السابقة على هذا القانون عن الأوقاف اللاحقة له إلا فى استبقاء التأبيد فى الأوقاف التى مات واقفوها قبل العمل به وفى إعطاء الواقفين الأحياء حق توقيتها . والوصية بالمنافع على الوضع الذى اختاره قانون الوصية والوقف على ما عدا الخيرات بالوضع الذى اختـاره هذا القانون لا تـكاد تخـلو من نظائرهما شريعة من الشرائع الوضعية . ومن يتأمل فى الأمر أدنى تأمل يجد أن معنى الوقف الذى استقر فى الأذهان بعصر من قرون طويلة قد محاه هذا القانون فى الأوقاف التى تصدر بعده وأحل محله نظاماً آخر يخالفه تمام المخالفة وإن كان يحمل اسم الوقف .

وأحكام هذا القانون ، كما أسلفنا ، لم تستوعب جميع مباحث الوقف ، واقتصر فيه على ما رؤى أن فيه علاجاً لمواضع الشكوى . ومن بين أحكامه ما جعل الرجوع إلى بعض أبواب الوقف فى كتب الفقه قليل الأهمية . فالمادة العاشرة مثلا تغنى فى كثير من الأحوال عن الرجوع إلى ما قرره الفقهاء فى دلالة الألفاظ التى يستعملها الواقفون وفى طريقة تفهم شروط الواقفين والقواعد التى تتبع فى ذلك ، والمـواد ١١ و ١٢ و ١٣ ذهبت بالقيمة العملية لمباحث الشروط العشرة وما فيها من التفريعات والإشكالات ، وربما كان ما يتعلق بالموضوعات الواردة بهذه المواد من فقه الحنفية يربو على ثلث أحكام الوقف ، فإذا استبعدنا من أحكام الوقف ما جاء بهذا القانون

وما أغنت أحكامه عن الرجوع إليه كان الباقى من مباحثه أبواباً قليلة ومسائل منثورة فى الأبواب الأخرى .

وواضعو هذا القانون مع جلالة أقدارهم ، وما امتازوا به من سعة الاطلاع وسمو المكانة فى إدراك مرامى الشريعة السمحة وفهم أسرارها ، ورسوخ أقدامهم فى الفقه الإسلامى علما وعملا ، ومع أنهم يكونون مجمعاً فقهياً له من دقة البحث ومتانة الرأى وتفهم الأصول والفروع ما لا يمكن أن يتوافر لفرد ، مع كل هذا لم يشاءوا أن يضعوا أنفسهم موضع المجتهدين ، ولو فعلوا ما استطاع منصف أن يجادل فيه ، ولم يتجاوزوا دائرة التخير من أحكام المذاهب الإسلامية المدونة المتناقلة المعتد بها بين المسلمين ، ولكنهم لم يلتزموا أحكام المذاهب الأربعة ولا أحكام مذهب معين ، وأخذوا من كل مذهب ما تبينوا أن الحاجة ماسة إلى الأخذ به وما رأوا أنه أشد ملاءمة لحالة الأمة وتطورها الاجتماعى . وإذا كانت أحكام هذا القانون قد كونت مزيجاً فقهياً لا نجده فى مذهب من هذه المذاهب فإن ذلك كان نتيجة حتمية للتخير من هذه المذاهب لكنك لا تجد حكما منها غريباً عن الفقه الإسلامى ، ولا يعدو أى حكم منها أن يكون قولا قال به إمام من أئمة المسلمين أو رأياً قال به فقيه يعتد به أو يكون مركباً من هذه الأقوال والآراء . هذا هو الأساس الذى قام عليه هذا القانون وهذه هى سبيله ، والأساس قوى متين ، والسبيل صراط مستقيم ، سلكها السلف الصالح ودرج فيها المسلمون منذ عصر الرسالة ، وكان طريق الأئمة فى تكوين مذاهبهم وتخيرهم من مذاهب الصحابة والتابعين كما سلكها من جاءوا بعدهم قبل تقرير المذاهب وبعده ، ولم يتنكب عنها أهل التخريج والترجيح من كل مذهب وهى فى الوقت نفسه متفقة مع روح الشريعة ومع العماد الأول الذى قامت عليه وهو أنها لم تشرع إلا لمصالح العباد .

ومن الغريب أن يجىء أخيراً من كان يتغنى دائماً بالمصالح المرسلة ولم يكن بينه وبين دعوى الاجتهاد علانية إلا قيد أنملة ، ويقول إن هذا القانون ليس سليم البناء ولا متناسق الأحكام لأنه أخذ كذا من مذهب أبى حنيفة وكذا من مذهب مالك

وكذا من مذهب أحمد ويسمى هذا خلطا والله يعلم أين يكون التحامل والتحريف والخلط . إن البناء سليم والأحكام متناسقة والرابطة التى يبتغيها المصلحون منا ليست سوى الصلاحية لحالنا والملاءمة لطورنا وكفى بهذا رابطة من أقوى الروابط .

وأعجب من هذا وأغرب أن يقال إن فى وضع هذا القانون على هذا النمط عبثاً بالفقه الإسلامى وتمزيقاً له وللروابط الإسلامية . ولست أدرى ما شأن الفقه الإسلامى وهذا ، وما الذى أصابه من هذا القانون ؟ ! هل ألغاه هـذا القانون ، أو حرم دراسته والعمل به ، أو أمر باحراق كتبه ؟ ! لا شىء من ذلك ، والفقه الإسلامى لا يزال والحمد لله بخير هو ورجاله ومعاهده ومؤلفاته . وهل لأحد يريد أن يحترم عقول الناس أن يقول إن تخير أحكام هذا القانون أو ألف قانون آخر من الفقه يمزقه ؟ هل مزق التابعون آراء فقهاء الصحابة وعبثوا بها حينما تخيروا منها ؟ ! وهل مزق أهل الترجيح فى كل مذهب تلك المذاهب باختياراتهم ؟ ! وهل مزق ابن تيمية مذهب أحمد باختياراته ؟ ! وهل يستطيع أحد أن يقول إن من يقلد إماما فى مسألة وآخر فى مسألة أخرى وثالثا فى ثالثة وهكذا يكون ممزقا لهذه المذاهب أن هذا القول لا يعدو أن يكون كلاما أجوف لا أقل ولا أكثر ، فللفقه كيانه وللقانون كيانه لا عدوان لأحدهما على الآخر .

أما من كان يذهب إلى أن فى أحكام هذا القانون ما لا سند له من الفقه الإسلامى ، ورفضه من أجل ذلك بمجلس الشيوخ فى المرة الأولى ، فالظاهر أنه عدل عن هذه العقيدة ولهذا كان من الموافقين عليه فى المرة الثانية .

٢ — التحرير والصياغة

لقى مشروع هذا القانون من العناية بالتحرير والصياغة ما لقيـه من العناية بالبحث والدرس والاختيار ، فجاء فى مجموعه حسن الوضع والترتيب ، سليم العبارة والتركيب ، بين القصد والمراد ، ولكنه كغيره مما يصنع البشر لم يكتب له

الكمال ، ولقى عوامل لم ينج بسببها من العيوب (ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافا كثيراً) .

لقد اعترضه فى سبيله حب الإيجاز ، والبخل بالألفاظ ، ودعوى أن الإيضاح والتفصيل ليسا من شأن متن القانون بل هما من أعمال الشارحين ، فأدى التمسك بهذا المنحى والتشدد فيه ، إلى أن جاءت بعض نصوص هذا القانون متشابهة غير محكمة .

وقد استولى على بعض الهيئات التى نظرته مايسمونه ذوق التحرير والصياغة ومراعاة جرس الكلام وموسيقاه ، فأفضى ذلك إلى تعديل بعض النصوص التى لايراد المساس بمعناها ، واستبدلت بها نصوص أخرى رؤى أنها أسلس تعبيراً وأحسن جرساً ، ولكن صار أداؤها للمعنى المتفق عليه متعثراً فى حاجة إلى التأويل وتحميل الألفاظ مالا تطيقه إلا بمشقة .

وبعد أن أتمت لجنة الأحوال الشخصية هذا القانون نظرته الهيئات الأخرى التى عرفت ، وهى تسع ، وما من هيئة منها إلا تناولته بالتعديل والتغيير ، هذا إلى أن النظر فيه آخر الأمر قد امتاز بالسرعة ، وما يعقبه الإسراع فى التعديل «الترقيع» من التشويه لايجهله أحد ، كما أن طول الأخذ والرد واشتداد المناقشة حول تعديل بعض الأحكام قد أضاعا على القائمين بذلك فرصة التنبه إلى الأحكام المرتبطة بها فى هذا القانون وفى القوانين الأخرى وتعديلها على الوجه الذى يتفق مع الوضع الجديد أو إضافة الأحكام الملائمة له ، وقد أدى ذلك إلى نقص بعض النصوص التكميلية ، وظهور بعض نصوص القانون بمظهر التناقض .

هذه هى العوامل التى لاقت المشروع وتلك آثارها ، وقد كانت النية متجهة فى آخر المراحل التى مر بها هذا القانون إلى المبادرة بتلافى ذلك كله بتشريع يقدم بسرعة إلى البرلمان عقب صدور القانون ، ولكن رؤى بعد ذلك أن الأفضل هو التريث حتى يسلك القانون طريقه العملى فترة من الزمن تكفى لوضعه موضع التجربة والاختبار ، فلا بد أن يعترض تطبيقه من الحوادث مالم يخطر ببال واضعيه،

ولا بد أن يظهر من طريق التقاضى واختلاف الأفهام ما لم يظهر حتى الآن ، وإذ ذاك يمكن تلافى جميع ما يظهر من العيوب دفعة واحدة ، هذا إلى أن إصدار قانون اليوم وإرسال تشريع آخر معدل له فى أعقابه وغدوة ظهوره ليس مقبولا ولا مستساغاً . وقد تناولت فى الشرح تفصيل ما أجملته هنا ، وبينت فى كل موطن ماعساه يكون فيه من إبهام أو نقص أو تناقض .

وقد سمعت إبان صدور هذا القانون قوماً يقولون إنه قانون غامض وغير مفهوم وهؤلاء لا وزن لأفهامهم وأحكامهم على مثل هذا العمل ، ففى كل أمة وفى كل عصر لا يراعى فى وضع القوانين أفهام العامة وغير الفنيين ، وليس لأحد أن يطالب بأن يكون أسلوب أى قانون مفهوماً للعامة وللخاصة على السواء وأن يقرءوه جميعاً كما يقرءون القصص ومقالات الصحف وأخبارها . وقال قوم آخرون من رجال الفقه والقانون قولا شبيهاً بهذا القول ، كان منشئوه جدة القانون وتسرعهم ، وقد اختفت هـذه النغمة من بينهم بعد إقبالهم على مدارسته . وهناك فريق ثالث ، فريق العجزة الناقين ، الذين لا يرضون عن شىء لم يشتركوا فيـه ولا يعود إليهم شىء من مفاخره ، وحكمهم عليه من جميع النواحى مفهوم بالبداهة ، وتجمع آراءهم فيه كلمتهم العامية « ده قانون ملخبط ووحش » وهؤلاء لا حيلة لأحـد فيهم ، ومن المقرر الثابت أن أجرأ الناس على النقد والتزييف بالباطل هم العجزة الناقون أما الأكثرية الساحقة ممن يعتد برأيهم فقد تقبلت تحرير هـذا القانون بقبول حسن ، ولم تغض من مكانته فى نظرهم تلك العيوب الطفيفة التى أشرت إليهـا آنفاً .

٣ — الناحية الإصلاحية

حرص واضعو هذا القانون على استقصاء أسباب الشكوى وتتبع أقصى الأدواء ، مستعينين بمـا كتب فى ذلك من البحوث والآراء ، وما وصل إليهم من الشكاوى ، وبالتجارب والخبرة القضائية التى اكتملت لأكثرهم ، وقد تخيروا

من الأحكام ما فيه العلاج الوافى الشافى ، وأعانهم على ذلك ما يحتويه الفقه الإسلامى من كنوز وذخائر .

وقد تخيروا من الأحكام ما حول طبيعة الوقف التى ألفت فى مصر قروناً طويلة إلى طبيعة أخرى لا يمكن أن يوجه إليها نقد اقتصادى ، واشتمل القانون على جملة من الأحكام من شأنها أن تعوق انتشاره ، ومن حق هذا أن يرضى الشهوة الاقتصادية ، وكان من حقه أن يسكت خصوم الوقف راضين مغتبطين ، ولكن هؤلاء لا يرضيهم شىء ، وقد استولى عليهم إحساس عجيب وتفكير غريب ، وأصبح لفظ الوقف يقض مضاجعهم و يزعجهم فى اليقظة وفى النوم و إن كان مدلوله قد صار غير ذاك المدلول ومعناه غير ذاك المعنى ، وأصبح يعبر عن نظام لم يشك منه ولا يصح أن يشكو منه أحد .

أما نواحى الإصلاح الأخرى فقد اختاروا لها من الأحكام ما هو كفيل بالقضاء على أسباب الشكوى و إحلال الرضا والغبطة عند الأكثرين محل الضجر والألم ، ولست أريد أن أتحدث عن هذه الأحكام هنا إلا كما تحدث عنها تقرير الهيئة المكونة من لجنتى الشئون التشريعية والأوقاف بمجلس النواب حيث يقول : « إن القانون قد اشتمل على أحكام أساسية أحسنت مقدمة المذكرة التفسيرية الإفصاح عنها ، ولا ترى الهيئة حاجة بها إلى ترديد هذه الأحكام اكتفاء بتوجيه النظر إليها » ، فأكتفى أنا أيضاً بتوجيه النظر إليها فهى مدرجة بملحق هذا الشرح وفيها تبيان لكل شىء . غير أنه لا يفوتنى أن أشير هنا إلى أن ما أثارته لجنة التنقيح حول الاستحقاق الواجب لولد من مات قبل وفاة والده الواقف ، من الصور والقيود والتشقيقات ، فى وقت لم يكن قانون الوصية قد صدر فيه ولا يعرف علام يستقر حكم الوصية الواجبة الوارد به ، قد حمل هذه اللجنة على استبعاد هذه الأحكام من القانون مؤقتاً حتى إذا صدر قانون الوصية أعيدت هذه الأحكام إلى قانون الوقف بعد وضعها وضعاً يتفق مع ما يكون قد تقرر بقانون الوصية ، وقد قبلت الحكومة هذا الرأى وصدر القانون خالياً منها مع الوعد

فى المذكرة الإيضاحية بإلحاقها ، وقد صدر قانون الوصية بعد قانون الوقف بقليل ، ولا يزال هذا القانون خالياً من هذه الأحكام ويعتبر هذا بحق ثغرة واسعة يفر منها من يريد الهرب من أحكام الوصية الواجبة ، والأمر فى هذا لا يحتمل تسويفاً فعسى من بيدهم الأمر أن يسرعوا بسد هذه الثغرة .

والحكومات الكثيرة المتعاقبة على اختلاف نزعاتها الحزبية ، والأكثرية الساحقة من ممثلى الأمة فى مجلسى البرلمان قد ارتضوا أحكام هذا القانون ورأوا فيها خير كفيل بالإصلاح واطمأنوا إلى أنها علاج شاف لما أصاب نظام الوقف ، واقتنعوا بأن أحكام الرجعية شرها أكثر من خيرها وإثمها أكبر من نفعها ، وقد كان رافضوه بمجلس الشيوخ أول مرة أربعة عشر فصاروا فى المرة الثانية أربعة فقط ، وكان الممتنعون عن إبداء الرأى فيه ستة فصاروا اثنين ، كان امتناع أحدهم لأنه لم يحضر مداولات المجلس فيه . أما خصوم الوقف فقد عرفت رأيهم فيه والرأى فيهم ، وأما الأكثرية الساحقة من غيرهم فهى راضية عن هذا القانون وهى به قانعة ومنهم من يكاد يطير به فرحاً لأنه قد نال من طريقه مالم يكن ليخطر بباله ، أما من لم يحقق مطامعهم ولم يرفع الغبن عنهم ، وخاصة أنصار الرجعية ، فإنهم غير راضين عنه ، ويرونه لا شىء ويقولون ماذا صنع ، وهكذا الناس منذ القدم ، وما أحكم ما يقول المثل : لا يحمد السوق إلا من ربح .

***

أما شرحى لهذا القانون فقد اعتمدت فيه على الأعمال التحضيرية ، أعمال لجنة الأحوال الشخصية وأعمال البرلمان وغيرهما ، ما نشر منها وما لم ينشر ، وعلى المصدر الأول لهذا القانون وهو أحكام المذاهب الإسلامية التى اختيرت منها أحكامه ، وعلى ما انطبع فى نفسى من المعانى والمدلولات من طريق مشاركتى فيه ومرافقتى له من البداية للنهاية ووقوفى على أطوار الأحكام والنصوص والبواعث التى بعثت على تعديلها مفصلة تفصيلا لا تفى به المحاضر والتقارير .

وسبيلى فى شرح هذا القانون ، وهى سبيلى فى شرح المواريث والوصية ، أن

أبدأ بما تمس إليه حاجة العمليين من إيضاح النص و بيان معناه ومدى ما يراد منه وارتباطه بالنصوص الأخرى ، ثم أقفى على ذلك بما يبتغيه الفقيه والأستاذ والناقد التشريعى من إيراد أقوال من يعتد بهم من فقهاء المسلمين محررة واضحة موجزة، ثم أتبع ذلك كله بحكمة التشريع وماعساه يكون قد أبدى فيها من وجهات النظر المختلفة ثم أختتم القول بتخريج الأحكام و بيان سندها من أقوال الفقهاء ، ومتى كانت للموضوع بقية لم يتناولها القانون ، وكانت مما يحتاج إليها فى تطبيقه ، ألحقتها ، ومن الواضح أن إيراد حجج الفقهاء والموازنة بين أقوالهم لا شأن لهذا الشرح بها فإن هذا القانون لم يسلك طريق اختيار الأرجح والأقوى حجة و إنما سلك طريق اختيار الأصلح مهما كانت قوته . وقد ألح على كثير من إخوانى فى أن أضم إلى هذا الشرح أحكام الوقف التى لم يتناولها هذا القانون ، ولكنى لم أستجب لذلك لما رأيت أنه يعوقه عن الظهور ، وعولت على الاستجابة بإخراج جزء ثان يشتمل على بقية هذه الأحكام وعلى ما يتعلق بالخصومات والأقضية فى الوقف ، والله أسأل المعونة ، وهو حسبى ونعم الوكيل .

القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦

بأحكام الوقف

١ — كانت لجنة الأحوال الشخصية قد اختارت لهذا القانون إسماً هو «قانون إصلاح الوقف» ولكن اللجنة التشريعية لم ترتض هذه التسمية وسمته «قانون تنظيم أحكام الوقف» ولم ترتض لجنة العدل بمجلس الشيوخ لا هذه ولا تلك واختارت له اسم «قانون بأحكام الوقف» وقد دارت بمجلس الشيوخ مناقشة ليست بالقصيرة حول هذه التسمية واقترح غيرها مما يتفق مع الواقع ويمنع اللبس ، وبعد بيان المقصود استبقى المجلس له هذا الاسم[١] وبقى عنواناً له وصدر به .

٢ — وقد عرفنا من قبل أن هذا القانون ليس شاملا لأحكام الوقف ولم يتناول جميع مباحثه بل اقتصر فيه على اختيار الأحكام التى روى أن فيها علاجاً لمواضع الشكوى . وطبقاً لأحكام المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها يجب أن تصدر الأحكام فى الوقف طبقاً للمدون بتلك اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة فى الأحوال التى لم ينص عليها فى هذا القانون ولا فى قانون آخر للمحاكم الشرعية ، والمراد من كون القانون للمحاكم الشرعيـة أن يكون قانوناً يجب عليها تطبيقه وإن لم يكن خاصاً بها ، كالقوانين التى تصدر بالمعاهدات ، وقوانين الأهلية ، وغير ذلك من قوانين الدولة التى يجب على المحاكم الشرعية مراعاة أحكامها .

وقد أريد وضع نص فى هـذا القانون يشتمل على ما تقضى به المـادة ٢٨٠ المذكورة ولـكن اللجنة التشريعية رأت أن هذا النص يكون تزيداً محضاً لا حاجة إليه مع وجود المـادة سالفة الذكر ، فاكتفى بالإشارة إلى هـذا المعنى فى المذكرة

---

(١) جلسة ٢٦ مارس سنة ١٩٤٤

التفسيرية . وعندى أنه لو نص فى هذا القانون على أنه يعمل فى المسائل والمنازعات المتعلقة بالوقف بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة فى الأحوال التى لم ينص عليها فى هذا القانون ولا فى قانون آخر من قوانين الدولة المصرية ، لكان لهذا النص فائدته وكان نصاً عاماً يجب على جميع المحاكم أن تطبقه ، أما نص المادة ٢٨٠ المذكورة فإنه لا يتناول إلا الأحكام التى تصدرها المحاكم الشرعية وليس ملزماً لغيرها من المحاكم ، كما أن التزام المحاكم الشرعية للأرجح من مذهب أبى حنيفة فى التصرفات ليس آتياً من نص المادة المشار إليها لأن الأحكام لا تشمل التصرفات.

وأيا ما كانت الحال فإن المسائل والمنازعات المتعلقة بالوقف أصبحت خاضعة لنوعين من الأحكام ، أحدهما خاص بالمحاكم الشرعية وهو أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة بالنسبة لما لم ينص عليه فى هذا القانون ، والآخر عام هو أحكام هذا القانون ، فإنه قانون من قوانين الدولة يخضع له الجميع ويجب على كل محكمة من المحاكم أن تطبق أحكامه فى دائرة اختصاصها .

أما الأوقاف التى تطبق عليها أحكام هذا القانون فسيأتى القول فيها مفصلا فى الأحكام الختامية .

إنشاء الوقف وشروطه

أولا – التـوثيق

(١) اشتراط التوثيق لصحة التصرف

مادة ١ – من وقت العمل بهذا القانون لا يصح الوقف ولا الرجوع فيه ولا التغيير فى مصارفه وشروطه ولا الاستبدال به من الواقف إلا إذا صدر بذلك إشهاد ممن يملكه لدى إحدى المحاكم الشرعية بالمملكة المصرية على الوجه المبين بالمادتين الثانية والثالثة وضبط بدفتر المحكمة

٣ – تقضى أحكام هذه المادة بأن التصرفات الواردة بها لا تكون صحيحة إلا إذا صدر بها إشهاد توافرت له جميع الشروط المبينة بها ، فإذا لم يصدر بالتصرف نفسه إشهاد أصلا أو صدر به إشهاد أخل فيه بشىء من هذه الشرائط كان غير صحيح ، أى أنه لا يعتبر موجوداً فى نظر هذا القانون ، ولا يترتب عليه شىء من الآثار التى تترتب على التصرف الصحيح .

والإشهاد على أمر معناه فى الأصل طلب الشهادة عليه ممن شهد وقوعه أو يراد إيقاعه بمحضر منه ، وأطلق أيضاً على تحرى إيقاع الأمر بحضرة شهود وإن لم يطلب منهم صراحة أن يشهدوا عليه . والإشهاد فى عرف المحاكم الشرعية هو إنشاء التصرف أو ما يشبهه كالإقرار لدى من له الحق فى سماعه من قضاتها أو موظفيها ، وكثيراً ما يطلق على الوثيقة التى يحرر فيها ذلك ، فهو مرادف لما يسمى فى الجهات الأخرى بالعقد الرسمى ، ولا يتناول العقود العرفية التى تقوم المحاكم الشرعية بالتصديق على التوقيع عليها .

ولا يكتمل للاشهاد كيانه القانونى إلا إذا صدر طبقاً للأوضاع المقررة فى قوانين المحاكم الشرعية ولوائحها [1] . ولا يتوقف وجوده القانونى على الشهود إذا لم تكن الشهادة شرطاً لصحة التصرف شرعاً ، فالإشهاد على التصرفات الواردة بهذه المادة يتحقق بإيقاعها لدى من له الحق فى سماع ذلك ولو لم يكن هذا الإيقاع بمحضر من الشهود ، إذ ليس من شرط صحتها شرعاً أن يكون إنشاؤها بمحضر منهم ، وإنما يحتاج إلى الشهود لأمر آخر هو تعريف المشهد فإن كان معروفاً لمن يسمع الإشهاد منه لم يحتج إليهم أصلا ، وإن لم يكن معروفاً له وحضر من عرفه ولكنه لم يشهد على تصرفه كان هذا التصرف صحيحا .

وقد اشترط هذا القانون لصحة هذه التصرفات الإشهاد عليها نفسها على الوضع المبين به ، وذلك لا يكون إلا بإنشائها لدى من له الحق فى سماع ذلك ، فإذا تصرف ولم يشهد على إنشاء تصرفه الإشهاد الذى يتطلبه القانون كان غير صحيح وأن لحقه الأشهاد بعد ذلك لأنه صدر غير صحيح وغير الصحيح لا ينقلب صحيحا ، والأشهاد اللاحق لا يمكن أن يكون على إنشاء التصرف السابق ، فهو إما أن يكون اشهادا على الإقرار بصدور هذا التصرف منه مستنداً إلى وقت انشائه وهذا ليس اشهادا على نفس التصرف بل اشهاد على الإقرار به وليس لمثل هذا الإشهاد قيمة أصلا لأنه إشهاد على إقرار بتصرف وقع غير صحيح ، أو يكون إشهادا على انشاء تصرف مبتدأ مماثل للانشاء السابق وهذا اشهاد على تصرف جديد غير التصرف الأول ولا يكون له وجود قانونى إلا من وقت الإشهاد عليه ، فاتضح من هذا أن من وقع تصرفه غير صحيح لعدم الاشهاد عليه حين إنشائه لا يستطيع فيما بعد تصحيحه باشهاد لاحق يكون له أثر رجعى .

٤ — وقد أوجبت هذه المادة أن يتوافر فى الأشهاد على هذه التصرفات الشروط الآتية :

(١) أن يكون الإشهاد عليها لدى أحدى المحاكم الشرعية بالمملكة المصرية .

---

(١) راجع فى هذا شرح القانون المدنى لفتحى زغلول باشا (٣٩٩ — ٤٠٨) .

فإذا صدر تصرف منها وكان الإشهاد عليه لدى بعض الناس شفاهاً أو كتابة ، أو كان لدى جهة رسمية بمصر أو بغيرها ولكنها ليست محكمة كجهات التوثيق الأجنبية والقنصليات المصرية ومكاتب التوثيق التى يراد إنشاؤها بمصر ، أو كان لدى محكمة بمصر أو غيرها ولم تكن محكمة شرعية كالمحاكم الأجنبية والمحاكم المختلطة والمحاكم الوطنية والمجالس الملية بمصر ومنها ما يسميه طائفة اليهود «المحكمة الشرعية» أو كان لدى محكمة شرعية غير مصرية كالمحاكم الشرعية فى العراق وسوريا وغيرهما من الأقطار الإسلامية ، فإنه يكون فى جميع هذه الأحوال تصرفا غير صحيح .

(٢) أن يكون صدوره على الوجه المبين بالمادتين الثانية والثالثة . وقد بين بهاتين المادتين المحكمة التى تسمع بها هذه الإشهادات ، ومن لهم الحق فى سماعها وما يجب إجراؤه قبل سماع بعض هذه الاشهادات ، فاذا أخل بشىء من ذلك كان التصرف غير صحيح .

ومتى راعينا ما جاء بهذا الشرط وبالشرط السابق وما ورد فى المادة الثانية من القانون عرفنا أنه انما اشترط هذا الاشهاد لصحة هذه التصرفات إذا كانت متعلقة بأعيان بالقطر المصرى أما إذا كانت الأعيان خارجة عنه فانه لم يتعرض لها ولا يتناولها هذا الحكم فليس متصوراً أن يشترط القانون فى صحتها أمراً مستحيلا ، فوقف الأعيان التى تقع خارج القطر المصرى والرجوع عن وقفها والتغيير فى مصارفه وشروطه والاستبدال بها من الواقف لا يشترط فى صحتها أن يصدر بها هذا الإشهاد وتبقى خاضعة للأحكام التى كانت تخضع لها قبل العمل بهذا القانون .

(٣) أن يضبط هذا الاشهاد بدفتر المحكمة التى سمع بها .

وتدوين الاشهادات بالمحاكم الشرعية ثلاثة أنواع : ضبط وتحرير سند وتسجيل وقد بينتها المادة ٣٦٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية حيث تقول : ضبط الاشهادات هو كتابتها بدفاتر المضابط . وتحرير سنداتها هو كتابة صورها بالأوراق المتموغة مطابقة لأصلها . وتسجيل السند أو الحكم هو كتابة ما به حرفياً بالسجل أو حفظ صورته الشمسية .

وقد اشترط هنا ضبط الاشهاد فقط دون تحرير سنده وتسجيله . فاذا صدر الاشهاد لدى من له الحق فى سماعه ولم يضبط لسبب من الأسباب كموت من سمعه فجأة قبل ضبطه كان التصرف غير صحيح ويجب تجديده . أما إذا رغب المشهد عن الاشهاد بعد سماعه وانصرف قبل ضبطه ، أو توفى قبل ذلك فلا يحول شىء من هذا بين المحكمة و بين ضبطه ، الأمر الذى يجب عليها أن تقوم به من تلقاء نفسها ، لأنه لا يتوقف على وجود المشهد أو حضوره .

و إذا سمع الاشهاد وضبط كان التصرف صحيحاً حرر سنده أو لم يحرر ، سجل أو لم يسجل ، ولا تأثير لشىء من ذلك فى صحة التصرف الذى تم ضبطه . ومن البين أن تحرير السند أمر لا أهمية له ، أما التسجيل فله أهميته العظمى غير أنه لا يوجد ما يدعو إلى اشتراطه فى صحة التصرف والمحاكم كانت تقوم به من تلقاء نفسها ، وضبط الاشهاد لا يتم عادة إلا بعد تحصيل الرسوم المستحقة على التسجيل ، فلا خوف إذن من أن يضيع على هذا القانون غرض من أهم أغراضه وهو حمل المشهدين على شهر هذه التصرفات .

وعدم اشتراط التسجيل لصحة التصرف ليس من شأنه الاخلال بالحكم الوارد بالفقرة الثالثة من المادة ١٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تنص على أن الاشهادات الواردة بالفقرة الأولى منها ، ومن بينها الوقف والاستبدال ، لا تعتبر حجة على الغير إلا إذا كانت هى أو ملخصاتها مسجلة بسجل المحكمة التى بدائرتها العقار الموقوف طبقاً لأحكام المادة ٣٧٣ من اللائحة . وهذا تحفظ أبدته اللجنة التشريعية حين نظر المشروع وحتمت الإشارة إليه فى المذكرة التفسيرية .

و إذا لم يكن التسجيل شرطا لصحة هذه التصرفات فان ذلك لا يخل أيضاً بأحكام المادة التاسعة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الصادر بتنظيم الشهر العقارى إذا كان التصرف مما يندرج تحت أحكام هذه المادة [١] .

---

(١) نص هذه المادة هو :

« جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو =

(٤) أن يكون التصرف صادراً ممن يملكه . أى أنه لا يصح شيء من هذه التصرفات وإن صدر به الاشهاد إلا إذا كان من يشهد به مالكا له حين صدور هذا الاشهاد منه ، فإن لم يكن مالكا لهذا التصرف حين الاشهاد عليه لا يكون صحيحاً وإن توافرت فى الاشهاد بقية الشروط ، وإذا صار بعد الاشهاد مالكا لهذا التصرف لا ينقلب تصرفه صحيحاً بعد أن وقع غير صحيح . فمن وقف عيناً لا يملكها ملكا صحيحاً حين الاشهاد بوقفها كان وقفه غير صحيح وإن أجازه مالكها فيما بعد أو ثبت للواقف الملك الصحيح بعد ذلك . وكذلك من وقف ملكه وهو غير أهل للوقف حين الاشهاد لم يصح وقفه ولا ينقلب هذا التصرف صحيحاً بثبوت الأهلية له فيما بعد . وكذلك يكون الحكم فى الرجوع والتغيير والاستبدال . ومن هذا يتضح أن وقف الفضولى يقع غير صحيح لا موقوفاً طبقاً لأحكام هذه المادة لأن الفقهاء قد نصوا على أن الواقف هو المالك واعتبروا الاجازة اللاحقة كالتوكيل السابق ، فهو

= تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية .

ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم .

ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن »
وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون :

« استبدلت كلمة « التصرفات » بكلمة « العقود » لأنها أشمل فى مدلولها فهى تتناول إلى جانب العقود والاتفاقات الأعمال القانونية التى تصدر من جانب واحد » .

وجاء فيها بعد ذلك أيضاً :

« أما الفقرتان الثانية والثالثة من هذه المادة فهما مطابقتان للفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون الحالى . ولم ير إجراء أى تعديل فى نصوصهما اكتفاء بما استقرت عليه أحكام محكمة النقض والإبرام تفسيراً لهذه النصوص . وهذه الأحكام تقضى بأن الحقوق العينية المشار إليها فى هذه المادة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول إلا بالتسجيل ومن تاريخ هذا التسجيل دون أن يكون لهذا التسجيل أثر رجعى ينسحب إلى تاريخ التصرف نفسه . كما أنها تقضى بأنه بمجرد انعقاد التصرف الواجب شهره يكون لمن عقد التصرف لمصلحته جميع الحقوق التى من شأن هذا التصرف أن يرتبها له ما عدا انتقال الحق العينى فيتراخى هذا الانتقال حتى حصول التسجيل . ففى عقد البيع مثلا لمشترى العقار الحق فى تسلمه وفى الحصول على ريعه وثمراته طبقاً لأحكام هذا العقد حتى قبل حصول التسجيل . وكذلك لهذا المشترى الحق فى مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذاً عينياً فإذا امتنع أو تأخر جاز للمشترى أن يحصل فى مواجهته على حكم بإثبات عقد البيع فيقوم هذا الحكم مقام العقد المصدق على التوقيع فيه ويكون قابلا للتسجيل .

حين الوقف لم يكن مالكا له ، وهذه المادة اشترطت لصحة التصرف أن يصدر الاشهاد به ممن يملكه ، فهى لا تعتبر الإجازة اللاحقة . أما وقف المريض مرض الموت فيعتبر صادراً ممن يملكه ، فإن الوارث لا يثبت له حق الاعتراض أثناء المرض قبل الموت ، ولذلك لا تصح إجازته لذلك قبل الموت ، و إنما يثبت له هذا الحق بعد الموت وتبين أن المرض كان مرض موت ، وحقاً أنه متى ثبت له ذلك ثبت مستنداً إلى أول المرض ، ولكن قبل ثبوته لايمكن القول بأن التصرف موقوف بل يعتبر فى حكم النافذ إلى أن يثبت هـذا الحق واستناده و إذ ذاك يتبين أنه متوقف على الإجازة .

وسيأتى القول فيمن يملك الرجوع فى الوقف والتغيير فى مصارفه وشروطه عند الكلام على المواد (١١ و ١٢ و ١٣) بمشيئة الله . أما من يملك الوقف ويكون أهلا له فإن هذا القانون لم يتناول حكمه ، وقانون المجالس الحسبية المعمول به حتى الآن يكاد يكون قانون إجراءات ولم يعرض للأهلية ولا لتصرفات عديم الأهلية أو ناقصها فيكون المرجع فى أهلية المصريين للوقف ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين، هو أرجح الأقوال من مـذهب أبى حنيفة (١) . أما الأجانب فيرجع فى أهليتهم العامة إلى ما تقضى به المعاهدات وقواعد الدول .

---

(١) قال فقهاء الحنفية أن أهل الوقف هو أهل التبرع ، وهو الحر العاقل البالغ ، فالوقف لا يصح من المجنون ولا من الصبى والمعتوه اللذين لا يعقلان ، لأنهما ليسا من أهل العبارة فلا يثبت بقولهم حكم .

أما الصبى المميز فعامة الكتب على أن الوقف لا يصح منه مطلقاً . وهذا هو المتفق مع ما هو مقرر من أن الوقف تبرع ، لكن جاء فى الهندية نقلا عن المحيط أن الفقيه أبا بكر البلخى قال بصحة الوقف منه إذا أذن له القاضى به ، وهذا النص غريب لم أقف على نظير له . وأصل المسألة ما نقله أبو الليث فى فتاواه عن أبى بكر وأبى القاسم ، وبالرجوع إلى الخانية وأنفع الوسائل يتضح أن وضع المسألة الرجل المحجور عليه لا الصبى . وأيا ما كان الأمر فحكم هذا النص يتمشى مع الخلاف فى السفيه ، إذ من المقرر أن السفيه والصبى المميز سواء فى الأحكام إلا فى مسائل ليست هذه منها . والمعتـوه الذى يعقل كالصبى المميز فيجرى عليه ما فى حكم الصبى من خلاف إن صح أن هناك خلافاً .

وفى الخصاف أن الوقف لا يجوز ممن حجر عليه لسفه أو دين إذ لو جاز لم يكن للحجر معنى . ونقل الطرسوسى فى أنفع الوسائل ما جاء فى الخصاف وما جاء فى فتاوى أبى الليث من أن الفقيه =

والتصرفات الواردة بهذه المادة من التصرفات التى يصح التوكيل فيها ، فللمتصرف أن يتولاها بنفسه وله أن يوكل فيها . وعند العرضة الأولى لمشروع هذا القانون على مجلس الشيوخ اقترح بعضهم ألا يقبل فى ذلك توكيل وأن على المتصرف أن يباشر الإشهاد بها هو نفسه ، واقترح آخرون ألا يقبل التوكيل فيها ممن يقيمون بالقطر المصرى ، واقترح آخرون ألا يقبل التوكيل فى الوقف خاصة ،

= أبا بكر البلخى قال إن لم يأذن له القاضى به لم يجز وإن أذن له جاز وأن الفقيه أبا القاسم الصفار قال لا يجوز وإن أذن له القاضى ، ثم قال أن ما ذكره الخصاف وأبو القاسم حسن ومستقيم مع القول بجواز الحجر على البالغ للسفه أما ما قاله أبو بكر فحل نظر . وما نقل عن الفتاوى وورد مثله فى الخانية وغيرها . وقال الكمال فى الفتح ينبغى أنه إذا وقف فى الحجر للسفه على نفسه ثم لجهة لا تنقطع أن يصح على قول أبى يوسف (يريد قوله بصحة الوقف على النفس) وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل إذا حكم به حاكم ، فلم يشترط الكمال إذن القاضى ولا أن يكون بعده لذريته . ورد صاحب البحر هذا الانبغاء وقال أن الوقف تبرع وهو ليس من أهله ، وقال أخوه صاحب النهر يمكن أن يجاب بأنه غير أهل للتبرع على غيره لا على نفسه كما هنا واستحقاق الغير إنما هو بعده وفى النهر أيضاً أن قول أبى القاسم هو صحة الوقف بإذن القاضى على ولده واشتراط كون الوقف على ولده لا يعرف فى المذهب ولم ينقل عن أبى القاسم من غير هذا الطريق ، فتحصل أن فى وقف السفيه قولين واستظهاراً للكمال (١) باطل مطلقا (٢) يصح إن أذن به القاضى ، كان على نفسه أو على غيره ومن بعده لولده أو لغيرهم (٣) يصح وإن لم يأذن به القاضى إن كان على نفسه ثم من بعده على جهة لا تنقطع وإن لم يكن من بعده لولده ، والعمل يجرى الآن على ألا يقبل وقفه إلا بإذن كما قال أبو بكر وعلى نفسه أولا كما قال الكمال ومن بلغ الحلم ولم يبلغ سن الرشد فهو محجور عليه لمظنة السفه وهو موافق لما يؤخذ من بعض المذاهب الأربعة ، وأمر ولى الأمر مجتهد فيه يرفع الخلاف فبأمره أصبح الحجر عليه صحيحاً عند الكل ويأخذ حكم السفيه .

وكما يملك المرء أن يقف بنفسه يملك التوكيل والإيصاء به ، والوكيل والوصى يملكانه نيابة عنه ، وليس للولى أن يقف مال موليه لأنه تبرع فلا يملكه الولى ولا يملك أجازته إن وقع من موليه .

ومن شروط الوقف أن يكون الواقف مالكا للموقوف حين الوقف فلا يصح وقف المغصوب ولا المشترى فاسداً قبل قبضه هذا إذا وقف على أنه المالك أما لو وقف على أنه فضولى فوقفه موقوف على أجازة المالك (ارجع الى — أنفع الوسائل ص ١٥٢ الفتح جـ ٥ ص ٣٧ و ٣٨ — البحر جـ ٥ ص ٢٠٢ — الهندية جـ ٢ ص ٣٥٢ — إجابة السائل ص ٤٠ — الحموى على الأشباه جـ ٢ ص ١٤٧ وغيرها) .

ووقف المريض أعطى حكم الوصية فينطبق عليه وعلى الوصية بالوقف أحكام قانون الوصية وما يكملها من مذهب أبى حنيفة أما غير المسلم فيأتى القول فيه عند شرح المادة ٧ وتعلق حق الغير تأتى الإشارة إليه فى شرح المادة ٢٩

كما اقترح أيضاً ألا يقبل التوكيل إذا طال الأمد على صدوره ، وكل ذلك كان من المقترحين خشية أن يكون المشهد مضغوطاً على إرادته أو يكون قد أريد من التوكيل إخفاء عارض عرض لأهليته ، ولكن المجلس رأى أن تلافى هذا ممكن من غير الالتجاء إلى المنع من التوكيل فقرر رفض هذه الاقتراحات (١) ، ولم يعد أحد بعد ذلك إلى إثارة شىء مما ذكر بالمجلسين إذا استثنينا بعض كلمات أثيرت بمجلس النواب ولم تلق رواجا (٢) .

٥ — والتصرفات التى تناولتها هذه المادة هى :

(ا) الوقف : والمراد منه عقدة الوقف بجميع ما تشتمل عليه من إيجاب ، وموقوف ، ومصرف وشروطه وسائر الشروط الأخرى ، فإن هذا هو المعنى الذى يفهم من كلمة « وقف » فى العرف الفقهى والقضائى و فى العرف العام من أزمان بعيدة ، فالإشهاد الوارد بالمادة شرط لصحة ذلك كله .

ويستوى فى هذا ما إذا صدر الوقف دفعة واحدة ، أو صدر مجزأ ، ومن أمثلة المجزأ ما يقع فى مصر من أن الواقف يبرم عقدة وقفه إبراما صحيحا شرعا و يبين مصارفه و يشترط فى إشهاده لآخر الحق فى تفصيل شروطه على الوجه الذى يراه فى حياته أو بعد موته . فما يقوم به من شرط له ذلك ليس عملا مستقلا وانما هو إكمال لما بدأه الواقف وجزء متمم له يقوم به نيابة عن الواقف طبقاً للشرط الوارد بوقفه ، وعمله هذا يكون كأنه قد صدر من الواقف فى عقدة الوقف كما صرح بذلك فقهاء الحنفية فى مواطن متفرقة، ومايتمم العقد و يلتحق به يجب أن يأخذ حكمه و إن تأخر عنه ، فإذا خرج المشروط له عن أحكام هذه المادة كان عمله غير صحيح ولا يمكن الاحتجاج بأن تصرفه لا يندرج تحتها .

أما لو وقف وقفه واكتفى فيه بالإجمال فى مصارفه إجمالا تاماً وفوض فى عقدة الوقف إلى غيره بيانها لم يكن مايقوم به المفوض إليه من هذا القبيل بل هو تغيير كما يأتى بيانه (٣) .

---

(١) جلسة ٢٨ مارس سنة ١٩٤٤ (٢) جلسة ٢٢ يناير سنة ١٩٤٦
(٣) انظر شرح المادتين ١٢ و ١٣

وأطلقت كلمة « الوقف » فى المادة فشملت المؤقت والمؤبد، والمنجز والمعلق بالموت المطلق والمضاف ، والوقف الموصى به ، ومن قبيل الوقف الموصى به ما يشترطه الواقف فى وقفه من احتجاز جزء من الريع سنوياً ليشترى بما يجتمع من ذلك عين تلحق بوقفه وتكون وقفاً مثله حكمها كحكمه وشرطها كشرطه ،فشراء هذه العين بما اجتمع من ذلك المال لجهة الوقف هو العمل الذى يكون به وقفها ، وليس من الممكن اعتبار شرط الواقف لذلك وقفاً منه للريع أو للعين التى تشترى به فيما بعد من وقت صدور هذا الشرط منه فإن كلا منهما لم يكن موجوداً عند الشرط ولا مملوكا له ، وهذا الشرط ليس سوى وصية بشراء مايوقف و إيصاء لمن يقوم بوقفه . والذى يخضع لحكم هذه المادة هو وقف ما أوصى بوقفه دون الوصية والإيصاء بذلك إذا لم يكونا من شروط الوقف الأصلى و بيان مصارفه ، فلو أوصى لآخر بأن يشترى بعد موته من تركته عينا و يقفها على مابين له من المصارف والشروط فإن الوصية والإيصاء لا يخضعان لحكم هذه المادة والذى يخضع له هو وقف الوصى لما اشتراه فحسب .

والإطلاق أيضاً يشمل الوقف الأهلى ، والخيرى ، والمركب منهما ، لكنه غير شامل للمسجد قطعاً لقيام الدليل القوى على تقييد هذا الاطلاق وإرادة أنه لا يتناول وقف المسجد ، وذلك لأن هذا القانون وضعته لجنة الأحوال الشخصية متخيرة أحكامه من المذاهب الاسلامية ، طبقاً لقرار تشكيلها ، ولو لم يشتمل هذا القرار على ذلك ما وسعها أن تصنع غير هذا ، وما كان لها أن تقرر فيه حكما لا سند له من الفقه الاسلامى ، بل ما تعلم حق العلم أن الفقهاء قد أجمعوا على خلافه ، و إذا كان فقهاء المسلمين قد اختلفوا فى جواز وقف ماعدا المسجد وعدم جوازه ، واتخذت اللجنة من أقوالهم المختلفة فى هذا سنداً لما جاء بهذه المادة من الأحكام ، فانها تعلم أنهم جميعاً قد اتفقوا على صحة وقف المسجد ولزومه متى استكمل شرائطه ، فليس من الممكن مع هذا أن تخرج على الاجماع وتريد الاطلاق وتقول ببطلان وقف المسجد وقفاً صحيحاً شرعا إذا لم يتم توثيقه على الوجه الوارد بهذه المادة ، فمصدر هذا القانون يعين أن الكلام فى غير وقف المسجد ، ومصادر القوانين

من أهم ما يرجع إليه فى تفسير معانيها وتحديد مراميها . وما دام إطلاق هذه المادة لا يشمله فالواجب أن يعمل فى شأنه بالراجح من مذهب أبى حنيفة .

(ب) التغيير فى مصارف الوقف وشروطه : والتغيير فى مصارف الوقف قد يكون بإخراج جميع الموقوف عليهم أو بعضهم و إدخال غيرهم أو الاكتفاء بمن بقى منهم ، وقد يكون بحرمان بعضهم مدة ما ، وقد يكون بزيادة الانصباء أو نقصها ، وقد يكون بجعل صاحب السهم ذا مرتب أو العكس ، وقد يكون بتعديل الترتيب وتقديم اللاحق وتأخير السابق ، وقد يكون بإلغاء الترتيب بين المستحقين والترتيب بينهم إن كانوا مشتركين ، إلى غير ذلك من الصور .

وشروط الوقف منها ما يرجع إلى عقدته ومن بين هذا تأبيد الوقف وتأقيته ، ومنها ما يرجع إلى الاستحقاق كاشتراط ما يقتضى الحرمان ، واشتراط انتقال نصيب الأصل للفرع وعود نصيب العقيم لأهل طبقته ، ومنها ما يرجع إلى إدارته والنظر عليه وعمارته وطرق استغلاله وغير ذلك .

والتغيير فى شروط الوقف قد يكون بالغاء ما سبق اشتراطه كله أو بعضه ، وقد يكون بإضافة شروط أخرى تغير من معناها ، وقد يكون بتحويرها وتغيير وضعها ، كتعميم خاصها ، وتخصيص عامها ، و إطلاق مقيدها ، وتقييد مطلقها ، و بيان المجمل منها ، فكل هذا وأشباهه مما تتناوله عبارة « التغيير فى شروطه » . أما إضافة شروط أو إسقاطها لا تأثير لها فى شروطه الأولى فإنه لا يمكن أن يسمى تغييراً فى الشروط لا فقهاً ولا عرفاً .

(ح) الاستبدال به من الواقف : واستبدال الوقف شامل لبيع الموقوف بالنقد ، عقاراً كان أو منقولا أو حصصاً وأسهماً أو نقضاً لبنائه المتهدم ، ولشراء عين بمال البدل لتكون موقوفة ، وللمقايضة على العين الموقوفة بأخرى . ولكنه لا يشمل شراء مستغل لجهة الوقف بفاضل الريع ولا بيعه ، لأنه و إن كان مملوكا لجهة الوقف ليس موقوفاً ، فلا يكون بيعه ولا شراؤه مما يندرج تحت الاستبدال . ولا يشمل أيضاً شراء عين بما احتجز من الريع طبقاً لشرط الواقف ليكون وقفاً

ملحقاً به لأن هذا وقف لا استبدال . ولا يشمل ما يشترى بمال البدل ليكون مستغلا مؤقتاً ولا يراد استبقاؤه ليكون بدل العين الموقوفة .

وقيد الاستبدال بأنه من الواقف لأن الاستبدال من غيره لا يكون إلا من المحكمة فليس ثم ما يدعو إلى اشتراط الإشهاد فى صحته ، فالاستبدال من المحكمة متى تمت صيغته كان صحيحاً ولا تتوقف صحته على ضبط الإشهاد به .

(د) الرجوع عن الوقف . والمعنى فيه واضح ، وسيأتى القول فيه مفصلا حين الكلام على الرجوع والتغيير ، وهو لا يشمل الرجوع عن الوصية بالوقف ، لأنه حتى الموت لم يوجد وقف .

٦ — وأحكام هذه المادة تطبق على هذه التصرفات بالنسبة للأوقاف التى تصدر بعد هذا القانون ، وتطبق أيضاً على ما يتعلق منها بالأوقاف التى صدرت قبله طبقاً لنص المادة (٥٦) . ولكنها لا تطبق فيما يتعلق بالأوقاف السابقة إلا على الحوادث اللاحقة لصدوره دون الحوادث السابقة للنص على أن أحكامها لا تطبق إلا من وقت العمل به ، وهذا النص قد يحتمل شيئاً من التأول يخرجه عن المقصود منه ، ولكن المذكرة التفسيرية حددت المراد منه تحديداً لا يحتمل الشك حيث نصت على أن محل تطبيقها هو ما يحصل من هذه التصرفات بعد العمل بالقانون ، تعلقت بالأوقاف الحديثة أو بالقديمة ، فالأوقاف والرجوع عنها والتغيير فى المصارف والشروط والاستبدالات التى حصلت قبل العمل به لا تخضع لأحكام هذه المادة بل يحكمها ما كان معمولا به قبل العمل بهذا القانون . فهى صحيحة متى استوفت شرائطها الفقهية صدر بها إشهاد أو لم يصدر ولا يحتاج إلى هذا الإشهاد إلا كمسوغ لسماع الدعوى بها عند الإنكار إن كانت مما يندرج تحت المادة ١٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

***

٧ — بعد أن أوضحت معنى هذه المادة وبينت ما اشتملت عليه من أحكام ومدى تطبيقها أروى لك فيما يلى أقوال الفقهاء التى تتعلق بهذه الأحكام .

أولا — الوقف . اتفق فقهاء المسلمين على أن وقف المسجد صحيح نافذ لازم متى توافرت الشروط التى اشترطت لذلك ،ولا يعرف أن أحداً منهم خالف فى أصل صحته ولزومه ، وان اختلفوا فى بعض أحكامه التفصيلية .

أما وقف ما عدا المسجد فقد اختلف القول فيه ، فمنهم من ذهب إلى بطلانه ، وهذا القول مروى عن ابن مسعود وعلى وابن عباس من فقهاء الصحابة ، وهو قول شريح[1] من أئمة التابعين و إحدى الروايتين عن الإمام أبى حنيفة وقول أحمد ابن صالح[2] ، فقد روى عن ابن مسعود إنه قال : لا حبس إلا فى سلاح أو كراع . وروى ابن أبى شيبة موقوفاً ، أن علياً رضى الله عنه قال لا حبس عن فرائض الله إلا ما كان من سلاح أو كراع . وروى الطحاوى فى شرح معانى الآثار أن ابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بعد ما أنزلت سورة النساء وأنزل فيها الفرائض ، نهى عن الحبس . وروى الطحاوى وابن حزم أن شريحاً قال جاء محمد باطلاق الحبيس ، وأنه سئل فيمن مات وجعل داره حبساً فقال : لا حبس عن فرائض الله ، و إن أحمد بن صالح قال : أن حديث ابن عباس حديث صحيح و به أقول . وقد قال ابن حزم أن ما روى عن على وابن عباس لم يصح عن أحد منهم ، وأن الرواية عن ابن مسعود ساقطة ، وعن على مكذوبة ، وعن ابن عباس موضوعة ، وحديث شريح منقطع ، ولكن الإمام الطحاوى رواها ولم يطعن فيها بمثل ذلك كما نقل أن أحمد بن صالح قد صحح حديث ابن عباس ، وقال الكمال فى فتح القدير أن حديث ابن أبى شيبة عن على ، و إن كان موقوفاً على على ينبغى أن يكون له حكم المرفوع لأنه بعد أن علم ثبوت الوقف — ولهذا استثنى السلاح

---

(١) شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية الكندى ، أبو أمية الكوفى ، مخضرم ولى لعمر الكوفة فقضى بها ستين سنة ، وكان من جلة العلماء وأذكى العالم ، أخذ عن على وابن مسعود ، وأخذ عنه الشعبى وغيره ، وهو من رواة البخارى ومسلم . مات سنة ثمانين على الأصح وسنه مائة وعشر سنين وقيل مائة وعشرون سنة (٢) أحمد بن صالح المصرى ، أبو جعفر الطبرى ، أحد كبار الحفاظ بمصر ، وثقه أحمد بن حنبل وجماعة ، وقال أبو داود كان يقوم كل لحن فى الحديث ، وقال أبو نعيم ما قدم علينا أحد أعلم بحديث أهل الحجاز من هذا الفتى ، يعينه ، وروى عنه البخارى وأبو حاتم وأبو داود وتوفى سنة ٢٤٠ عن ثمان وسبعين سنة.

والكراع — لا يقال إلا سماعاً وإلا فلا يحل . كما قال أن حديث شريح رواه ابن أبى شيبة وأخرجه البيهقى ، وشريح من كبار التابعين ، وقد رفع الحديث ، فهو حديث مرسل يحتج به من يحتج بالأحاديث المرسلة[1] .

أما جمهور الفقهاء وسائر أئمة الأمصار فإنهم يقولون بجواز الوقف وصحته ، على خلاف بينهم فى لزومه ، وفيما يجوز وقفه وما لا يجوز ، وحججهم فى ذلك مستفيضة لا حاجة بنا إلى إيرادها ، ومما قدمنا يتضح أن ما ذهب إليه الفريق الأول قول له قيمته وإنه مما يصح الأخذ به والاستناد إليه ، وإن خالف ما عليه جمهور الفقهاء ، متى دعا إلى ذلك خير الأمة وصلاح أمرها .

أما عدم لزوم الوقف وجواز الرجوع عنه فهو قول الإمام أبى حنيفة نفسه فى أصح الروايتين عنه . وسيأتى الكلام فيه مفصلا فى شرح المادة ١٢

ثانياً — التغيير فى مصارف الوقف وشروطه : مذهب الحنفية أنه ليس لأحد أن يغير فى مصارف الوقف وشروطه عامة عدا شرط النظر ، رجعت إلى الريع أو إلى غيره ، إلا إذا كان الواقف قد شرط له ذلك ، فإن شرطها الواقف أو شيئاً منها لنفسه أو لغيره صح شرطه وعمل به ، وإن لم يشرطها لا يملكها هو ولا غيره ولا يملك أيضاً أن يشرطها بعد عقدة الوقف لغيره وإن كان قد شرطها لنفسه ، إلا إذا كان قد شرط فى عقدة وقفه أنه له أن يشرطها لمن شاء[2] .

وفى حاشية الدسوقى[3] على الشرح الكبير من كتب المالكية أن اشتراط التغيير والتبديل والإدخال والإخراج معمول به ، وأن فى المتيطى ما يفيد منع ذلك ابتداء ، ويمضى إن وقع .

وفى المغنى[4] وشرح المنتهى[5] من كتب الحنابلة أن الواقف لو شرط فى وقفه أن يخرج من يشاء من أهل الوقف ويدخل من يشاء من غيرهم كان شرطه هذا

---

(١) معانى الآثار جـ ٢ ص ٦٤٩ ، المحلى جـ ٩ ص ١٧٥ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٤٢

(٢) هلال ٣١١ ، ٣٢٣ ، الخصاف ٢٣ وما بعدها ، البحر جـ ٥ ص ٢٢٩ وما بعدها ، الإسعاف ١٠٥ وما بعدها .

(٣) جـ ٤ ص ٨٧ (٤) جـ ٦ ص ١٩٥ (٥) جـ ٢ ص ٤٩٥

شرطاً غير صحيح وكذلك لو شرط هذا للناظر من بعده . وفى كشاف القناع [1] أن من الشروط الفاسدة شرط الواقف تحويل وقفه عن الموقوف عليه إلى غيره وتغيير شروطه . وفى المغنى أن شرط الإعطاء والحرمان صحيح . وقال فى الفروع [2] أن شرط إخراج من شاء منهم و إدخال من شاء من غيرهم بطل لمنافاته مقتضاه . لا قوله يعطى من شاء منهم ويمنع من شاء ، لتعليقه استحقاقه بصفة ، ذكره الشيخ ، قال الحارثى الفرق لا يتجه ، وقال شيخنا [3] كل متصرف بولاية إذا قيل ما شاء يفعل فإنما هو لمصلحة شرعية ، حتى لو صرح الواقف بفعل ما يهواه وما يراه مطلقاً فشرطه باطل لمخالفته للشرع ، وغايته أن يكون شرطاً مباحاً وهو باطل على الصحيح المشهور .

وفى شرائع الاسلام من كتب الأمامية أنه لو شرط إخراج من يريد بطل الشرط ولو شرط إدخال من يريد جاز ، وقد توسع شارحه صاحب جواهر الكلام فى شرح هذا الموضوع و بين أن الكلام فيه مبنى على لزوم الوقف بالنسبة للموقوف عليه وأفاض فى بيان الآراء ومناقشاتها ونقل عن (س) وجامع (صد) وغيرهما أن الواقف ليس له إدخال غير الموقوف عليهم معهم و إن كانوا أطفاله على الأصح وليس له إخراج من يريد ولو شرطه فى العقد بطل كما نقل عن محكى (ط) أنه لو شرط أن يخرج من شاء منهم ويدخل فى ذلك من يشاء وأن يفضل بعضهم على بعض إن شاء أو يسوى بينهم إن شاء كان ذلك كله باطلا لأنه شرط التصرف فيما هو ملك غيره بلا خلاف وقال قد روى أصحابنا أنه يجوز أن يدخل فيهم غيرهم أما الإخراج والنقل فلا خلاف عندنا فى عدم جوازه . ثم قال ومن ذلك يظهر ما فى جامع (صد) فانه بعد أن حكى عن (ط) و (س) ما عرفت قال وهو بعيد لعدم المنافاة فالأصح الصحة إذ قد عرفت أن المتجه الصحة بمعنى جعل الإرادة وصفاً للدخول والخروج فيدخل حينئذ ويخرج من اتصف بها من غير إدخال و إخراج

(١) جـ ٢ ص ٤٤٦ ، ٤٥١ (٢) جـ ٢ ص ٨٧٦

(٣) هو شيخ الإسلام ابن تيمية .

منه كما ان المتجه عدمها مع اشتراط الإدخال والاخراج بمعنى جعل السلطنة إليه في الادخال والاخراج[1] .

فشرط التغيير في الشروط والإدخال والإخراج من الشروط الباطلة عند الحنابلة من غير خلاف في ذلك ، وشرط الاعطاء والحرمان صحيح عند أكثرهم وباطلة فيما يميل إليه الحارثي وجميع هذه الشروط باطلة فيما ذهب إليه شيخ الاسلام ابن تيمية ، وفي قول مصحح عند الامامية .

(ثالثاً) الاستبدال : في الوقف لهلال[2] وفي المبسوط للسرخسي[3] وفي الخانية[4] وفي الاسعاف[5] أنه لو وقف أرضه وشرط أن له أن يبيعها ويشترى بثمنها أرضاً أخرى تكون وقفاً على شروط الأولى جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف استحسانا ، وقال محمد ويوسف بن خالد السمتي وأهل البصرة أن الوقف صحيح والشرط باطل وهو القياس ، وقال بعضهم هما فاسدان ولو جعل داره مسجداً لله على أن له أن يبيعه فيستبدل به فالمسجد جائز والشرط باطل ، وجاء ذلك في هلال وتناقله عنه المؤلفون ولا يعرف أن أحداً خالف في ذلك ، فاذا صح شرط الاستبدال جاز ممن شرط له على الصحيح ، أو اتفاقا كما ورد في رد المحتار وجاء في إجابة السائل ما يؤيده خلافا لما توهمه عبارة الفتح ، ويصح من المشروط له بدون توقف على مراجعة القاضي وإذنه به ، لكن جاء في إجابة السائل انه لو شرط أن يبيع الوقف ويجعل ثمنه في وقف أفضل منه أن رأى الحاكم بيعه اذن له فيه وهي عبارة تشعر بالحاجة إلى اذن الحاكم مع الشرط .

وفي المغني لابن قدامه[6] وكشاف القناع[7] انه لو شرط بيع الوقف عند خرابه وصرف الثمن في مثله ، أو شرطه للمتولي بعده صح الوقف مع إلغاء الشرط كما في الشروط الفاسدة في البيع ، وهذا الوجه نقله الحارثي عن القاضي وابن عقيل ، كما نقل عنهما أيضاً وعن ابن البنا وغيرهم ان الوقف يبطل .

---

(١) جـ٤ ص٦٤٤ (٢) ٩١ و ٩٢ و ١٠٠ (٣) جـ١٢ ص ٤٢ (٤) جـ٣ ص٣٠٦ (٥) ٣٦
(٦) جـ٦ ص ١٩٥ (٧) جـ٢ ص ٤٤٦

هذا حكم شرط الاستبدال فى عقدة الوقف عند الحنفية والحنابلة ، أما إذا لم يشرطه ووجد ما يسوغ الاستبدال فقد أشار فى السير الكبير إلى أنه لا يملكه إلا القاضى ، وذلك مروى عن أبى يوسف ، أما محمد فقد اختلفت الرواية عنه فيمن يملكه ، هل هو الحاكم أو الواقف أو الناظر ؟ . . وقال صاحب البحر أن المعتمد أن يكون ذلك للقاضى .

رابعاً — الإشهاد والكتابة : الحنفية لا يشترطون الشهادة فى صحة عقد من العقود إلا الزواج ، فالإشهاد على الوقف أو التغيير فيه أو الاستبدال به ليس شرطاً لصحة ذلك عندهم . ولا نعلم أن أحداً من الشافعية أو الحنابلة قال أن الإشهاد على شىء من ذلك شرط لصحته بوجه عام وقال التسولى المالكى فى شرح العاصمية [1] أن الإشهاد شرط صحة فى التبرعات من حيث هى ، وفى كل ما كان من غير عوض كالتوكيل والضمان ونحوهما ، ولا يختص الإشهاد بالتبرع على الصغير فقط ، إذ لا معنى لكونه شرطاً فى الصغير دون الكبير كما قد يتبادر وحينئذ إذا قال حبست أو تصدقت أو وكلت أو أوصيت ولم يقل اشهدوا على بذلك ولم يفهم من حاله أنه قصدهم إلى الإشهاد عليه فإنه لا يصح شىء من ذلك ، وكذا لو كتب ذلك ولم يشهدهم عليه فلا ينفذ شىء من ذلك .

ولا أعرف أن أحداً من الفقهاء اشترط لصحة الوقف وما يتعلق به كتابته ، أى كتابة كانت ، عرفية أو رسمية .

٨ — وبالمقابلة بين ما جاء بهذه المادة وبين ما كان معمولا به من قبل بالمحاكم الشرعية وهو الراجح من مذهب أبى حنيفة وأحكام المادة ١٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية نجد أن التعديل فى الأحكام جوهرى ، فهذه التصرفات فى مذهب الحنفية تقع صحيحة متى استوفت شرائطها الفقهية ، أشهد عليها المتصرف رسميين أو غير رسميين أو لم يشهد ، كتب تصرفه عرفياً أو رسمياً أو لم يكتب ، والمادة ١٣٧ لا تتعرض لصحة ولا لبطلان ، بل تمنع سماع الدعوى بهذه التصرفات

---

(١) جـ ٢ ٢٢٨

عند إنكارها إذا لم يوجد ذلك الإشهاد ، وقد عملت المحاكم بكل قوة على تضييق دائرة الإنكار وتوسيع دائرة الإقرار فاعتبرت حالة المنكر الذى سبق منه إقرار فى وقت ما و بأى مكان حالة إقرار ، وحالة المنكر الذى لم يقر أصلا ولكن أقر من تلقى هو الحق عنه حالة إقرار ، بل اعتبرت حالة الناظر المنكر حالة إقرار إذا كان هناك إقرار صدر من ناظر آخر قبله و إن كان هو لم يصدر منه إقرار أصلا ، واعتبرت جهة الوقف معترفة بهذا التصرف ، أما أحكام هذه المادة فتقضى على هذه التصرفات من أساسها ، و بذلك فقدت المادة ١٣٧ قيمتها بالنسبة للتصرفات التى تصدر بعد العمل بهذا القانون متعلقة بأعيان فى القطر المصرى و بقيت لها قيمتها بالنسبة لجميع التصرفات التى صدرت قبل العمل به ولما يصدر منها بعد ذلك متعلقاً بأعيان خارج القطر المصرى .

والأسباب التى دعت إلى الأخذ بهذا مفصلة فى المذكرة التفسيرية فلا أطيل بها وأكتفى بتوجيه النظر إليها ، و بعد فلا زلت فى شك من أن هذه الأسباب تكفى لهذا التعديل ، و إنما السبب القوى هو الرغبة الملحة فى تضييق دائرة الوقف ووضع العقبات فى سبيل انتشاره بالقدر الممكن .

وقد اقتصر التعديل على التصرفات الأربعة الواردة دون غيرها مما يتعلق بالوقف كالإقرار بوقف صدر قبل القانون ، والاستبدال من غير الواقف ، وشراء مستغل بفاضل الريع و بيعه ، والتحكير ، والتأجير مدة طويلة ، وتأجير الناظر المدة التى يملكها مع إذن المستأجر بالبناء والغراس ، و إضافة شروط جديدة إلى شروط الوقف لا تعتبر تكميلا ولا تغييراً وغير ذلك ، لأن هذه التصرفات إما أن تكون من حق المحكمة أو تحتاج إلى إذنها أو تكون قليلة الأهمية ، وقد عنى مشروع القانون المدنى بالحكر عناية هذا القانون بهذه التصرفات فنص فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٧٥ على أن التحكير لا يجوز إلا بإذن من المحكمة الابتدائية الشرعية التى تقع فى دائرتها الأرض كلها أو أكثرها قيمة ويجب أن يصدر به إشهاد على يد رئيس المحكمة أو من يحيله عليه من القضاة والموثقين . وعندى إن إذن الناظر

للمستأجر بالبناء والغراس ضمن التأجير الذى يملكه له خطورته فإنه يؤول فى النهاية إلى الحكر ويكون البانى أو الغارس أولى من غيره وله حق البقاء والقرار ما دام يدفع أجر المثل، وأن الحكمة كانت تقضى بإضافته إلى هذه التصرفات.

وقد أقرت لجنة الأحوال الشخصية أحكام هذه المادة بالإجماع، ولكنها لقيت معارضة فى لجنة العدل ومجلس الشيوخ حين نظر المشروع أول مرة ثم طالت معارضتها حينما نظر المشروع للمرة الثانية وكان من حجة المعارضين، أنه لا توجد حاجة تدعو إلى مخالفة جمهور الفقهاء والجنوح إلى التلفيق، وأن فى أحكام المادة ١٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية مايفى بالغرض الذى تشير إليه المذكرة التفسيرية ويؤدى إلى الغاية التى يهدف إليها الحكم الموضوعى ظاهراً، وكان منها أيضاً أن فى الأخذ بحكم هذه المادة إحداث شرط فى صحة الوقف لم يقل به أحد من الفقهاء مع أننا نقنن إسلامياً ولا نشرع وضعياً. والحجة الأولى أمرها هين بعد أن أشرت إلى الباعث الحقيقى، أما القول الأخير فلا يعدو أن يكون كلاماً خطابياً يراد منه التهويل فحسب، فإن أراد قائله أن فى ذلك إحداث شرط لم يقل به أحد من الفقهاء مع إلصاقه بهم افتراء، أو أنه اجتهاد من مخترعيه لاسند له من الفقه، فذلك زعم باطل، وإن أراد أنه شرط محدث أدى إليه الاستناد إلى مختلف أقوال الفقهاء وعدم التزام مذهب معين فى جميع الأحوال فهو قول حق وهو عين ماوقع، وهو عمل لاشية فيه وليس فيه غضاضة لاعلى الفقه ولا على الفقهاء، بل هو المتعين متى أملاه الصالح العام وخير الأمة. والتزام مذهب معين، أواشتراط أوضاع خاصة فى عدم التزامه، من الأمور المحدثة التى خاض فيها المتأخرون ولاسند لهم فيها من أحكام الدين ولامن أقوال الأئمة المجتهدين، وإنما هى آراء لهم وأقوال من عند أنفسهم، تطورت حتى اشتدت وقست وابتعدت عن التيسير، والدين يسر، وجافت ما كان عليه عمل المسلمين فى الصدر الأول وماوليه. وقد بسطت القول فى ذلك بالحلقة الأولى من هذه السلسلة.

وهذا القانون لم يلتزم مذهباً معيناً فى جميع الأحوال. بل فرق بينها وأعطى

لكل حال حكما قال به إمام من أئمة المسلمين مراعياً فى ذلك الصالح العام حسب الاجتهاد والطاقة .

فالوقف الذى لم يحصل إشهاد عليه أصلا أو الذى أشهد عليه ولكن لم يصدر به هذا الإشهاد يكون غير صحيح أخذاً بقول من قال بأن الوقف لايجوز أصلا من أئمة الصحابة والتابعين . وقد تبينت من قبل أنه قول قد ثبت نقله وله حجته فلا حرج فى الأخذ به . كما أن الوقف الذى لم يحصل إشهاد عليه أصلا يكون أيضاً غير صحيح عند المالكية على ما ذكره التسولى . والوقف الذى صدر به هذا الإشهاد يكون صحيحاً أخذاً بما عليه جمهور الفقهاء . ومورد الحكم مختلف والحكم كلى وليس اختياراً لجزئى من المقلد فى عمله بل تخير من ولى الأمر لايعد من التلفيق . ولو فرض أنه تلفيق فلا حرج فيه .

والتغيير فى مصارف الوقف وشروطه والاستبدال به من الواقف يكون كل منها غير صحيح إذا لم يصدر به هذا الإشهاد ولم يكن مشروطاً فى عقدة الوقف استبقاء للتشريع الذى كان معمولا به قبل صدور القانون . وإن كان مشروطاً كان غير صحيح أيضاً أخذاً بما ذهب إليه الحنابلة ومحمد والسمتى من الحنفية من بطلان شرط الاستبدال ، وبمذهب الحنابلة من بطلان اشتراط التغيير والإدخال والإخراج وبما ذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية فى كل الشروط وهو مبنى على الصحيح المشهور فى مذهب الحنابلة ، وبقول عند الأمامية . أما إذا صدر به الإشهاد المذكور كان صحيحاً استبقاء للحكم السابق على القانون .

والرجوع فى الوقف يكون صحيحاً إذا صدر به هذا الإشهاد أخذاً بقول الإمام أبى حنيفة فى أصح الروايتين عنه . وإن لم يصدر به هذا الإشهاد كان غير صحيح أخذاً بقول صاحبيه وجمهور الفقهاء .

(ب) الاختصاص

مادة ٢ — سماع الإشهادات المبينة بالمادة الأولى عدا ما نص عليه فى المادة الثالثة من اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية الشرعية التى بدائرتها أعيان الوقف كلها أو أكثرها قيمة أو من يحيلها عليه من القضاة أو الموثقين الذين يعينهم وزير العدل لهذا الغرض بالمحكمة المذكورة دون سواهم .

وإذا تبين للموثق وجود ما يمنع من سماع الإشهاد رفع الأمر لرئيس المحكمة ليفصل فيه أو يحيله على أحد القضاة

مادة ٣ — سماع الإشهاد المشتمل على الحرمان الوارد بالفقرة الأولى من المادة ٢٧ ، وسماع الإشهاد بالرجوع فى الوقف الصادر قبل العمل بهذا القانون ، أو بالتغيير فى مصارفه ، من اختصاص هيئة التصرفات بالمحكمة التى بدائرتها أعيان الوقف كلها أو أكثرها قيمة دون غيرها .

وتدعو المحكمة فى الحالة الأولى من يراد حرمانه ، وفى الحالة الثانية جميع المستحقين فى حياة الواقف ومن يستحقون بعده مباشرة بمقتضى نص كتاب الوقف أو إشهاد التغيير لسماع أقوالهم .

مادة ٤ — يرفض سماع الإشهاد إذا اشتمل على تصرف ممنوع أو باطل بمقتضى أحكام هذا القانون أو الأحكام الأخرى التى تطبقها المحاكم الشرعية ، أو إذا ظهر أن المشهد فاقد الأهلية .

وقرار هيئة التصرفات الصادر بسماع أو رفض الإشهاد الذى تختص بسماعه يكون من التصرفات التى يجوز استئنافها .

وإذا لم يكن قرار الرفض الصادر من رئيس المحكمة أو القاضى فى

مواجهة الطالب وجب على قلم الكتاب إعلانه به بكتاب موصى عليه .

وللطالب أن يتظلم من هذا الرفض فى مدى سبعة أيام من تاريخ صدوره فى مواجهته ، أو من تاريخ إعلانه به .

وتنظر هيئة التصرفات بالمحكمة هذا التظلم ،ويكون قرارها نهائيا.

٩ — أحكام هذه المواد الثلاث سيقت لبيان الاختصاص وما يتبع من الإجراءات إلا أن للمادتين الثانية والثالثة قيمة موضوعية كبرى ، فإن اتباع الأوضاع المقررة بهما ، وصدور الإشهاد على الوجه المبين بهما شرط لصحة التصرف بحيث إذا أخل بشىء من ذلك كان التصرف باطلا ، وقد وضعت هاتان المادتان لتحديد الجهة التى تسمع بها هذه الإشهادات ، وتعيين من له الحق فى سماعها .

أما الجهة التى تسمع بها هذه الإشهادات ، فهى المحكمة الابتدائية الشرعية .

و« المحاكم الابتدائية » أطلقت فى لائحة المحاكم الشرعية تارة على المحاكم الكلية وحدها ، وأخرى على ما يشملها و يشمل المحاكم الجزئية التابعة لها ، والمعنى الأول هو المراد هنا كما هو واضح بالمذكرة التفسيرية ، فلا يجوز سماع شىء من هذه الإشهادات لدى المحكمة العليا الشرعية ، أو لدى إحدى المحاكم الجزئية الشرعية ، بل يجب أن يكون ذلك بالمحكمة الكلية ، فى مقرها أو بالجهة التى يؤمر بالانتقال إليها طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٦٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . ولا مانع من أن تكون جهة الانتقال مقر المأمورية التى تنتقل إليها المحكمة الكلية أو مقر المحكمة الجزئية ، لكنه يسمع بهما كما يسمع بأى محل آخر يؤمر بالانتقال إليه على أنه لدى المحكمة الكلية ويدون بدفاترها و إذا قام بسماعه قاضى المحكمة الجزئية لا يكون ذلك إلا من طريق ندبه للقيام بعمل من أعمال المحكمة الكلية و إحالة هذا العمل عليه من رئيسها كقاض من قضاة المحكمة الكلية .

والمأموريات القضائية التى تنتقل إليها المحاكم الكلية بقرار من وزير العدل طبقاً للمادة ١٦ من لائحة المحاكم الشرعية ليست مقراً ثانياً للكلية ولا محلا لسماع

الرؤساء والقضاة لهذه الإشهادات فإن المادة الأولى من هذه اللائحة قد بينت المدن التى تكون بها المحاكم الابتدائية ومقر هذه المحاكم هو المكان الرسمى الذى تؤدى فيه الأعمال الموكولة إلى رجال هذه المحاكم، والانتقال الوارد بالمادة ١٦ المذكورة ليس إلا لهيئة المحكمة لا للرئيس، وللفصل فى المواد الكلية والاستئنافات فحسب دون الأعمال الأخرى، فإذا كان رئيس المحكمة هو رئيس الدائرة المنتقلة أو وجد هناك لسبب من الأسباب الأخرى فليس له أن يباشر أعمال هذه الإشهادات بمقر المأمورية ولا أن يحيلها على من يباشرها هناك من قضاة المحكمة الكلية اللهم إلا أن يكون ذلك من طريق الانتقال بناء على طلب صاحب الشأن طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٦٤ من اللائحة، أما الإشهادات التى تختص بها محكمة التصرفات فإنها قد اعتبرت تصرفاً وتنظرها الهيئة المنتقلة كبقية التصرفات التى تنظرها طبقاً للمادة ١٦ المشار إليها.

ولا تسمع هذه الإشهادات بأى محكمة كلية شرعية، بل لا بد أن تكون المحكمة التى بدائرتها أعيان الوقف كلها أو أكثرها قيمة. والعين تطلق على الشىء المعين المخصص وهو يقابل المنفعة والدين والمال غير المعين، فالعين تشمل العقار والمنقول والنقد المعين، ومال البدل المودع فى خزائن المحاكم وإن لم يكن معيناً بالمعنى الفقهى، يعتبر فى حكم المعين طبقاً للنظم المالية، ويعتبر مقره خزانة المحكمة التى أودع بها، وإذا تعددت أوقاف شخص اعتبر كل منها على حدته وإن اتحدت الجهة الموقوف عليها لأنها أوقاف لا وقف ويظهر أثر ذلك واضحاً فى التغيير والرجوع.

وقد ناط القانون الاختصاص هنا بتبعية أعيان الوقف كلها أو أكثرها قيمة وإن لم تكن عقاراً ولم ينطها بتبعية الأعيان التى هى محل التصرف أو أكثرها قيمة كما فعل ذلك مشروع القانون المدنى فى التحكير فأحسن بذلك كل الإحسان. وعندى أن هذا النص معيب من جهتين، الأولى أن حكمة التشريع لا تتحقق إذا لم يكن محل التصرف عقاراً أو كان عقاراً غير تابع للمحكمة التى تسمع الإشهاد،

والثانية أنه إذا كانت الأعيان تابعة لأكثر من محكمة وتساوت القيم وجد إذ ذاك إشكال قوى يمكن التحلل منه فى الوقف و بعض التصرفات بتعدد الإشهاد ولا يمكن التحلل منه فى البقية ، ولقد جارى الشارع هنا النصين الواردين فى المادتين ٢٦ و ٢٧ من لائحة المحاكم الشرعية وفاته أن فيهما تخييراً بين المحكمة التى تتبعها الأعيان أو أكثرها قيمة والمحكمة التى يتبعها محل إقامة المدعى عليه أو الناظر ، ومع هذا التخيير لا يمكن أن يكون هذا الإشكال أصلا وعلى كل حال فالأمر هَيِّنٌ عملا فإن تساوى القيم أمر نظرى لا يكاد يكون واقعياً . وينطوى هذا الحكم على تعديل للمادة (٣٦٢) من لائحة المحاكم الشرعية التى أوجبت على كل محكمة من المحاكم الشرعية ضبط الإشهادات بجميع أنواعها ، لم تفرق بين إشهاد و إشهاد ولا بين محكمة ومحكمة .

والأسباب التى دعت إلى ذلك مفصلة فى المذكرة التفسيرية والحق أن أهم البواعث على هذا هو الرغبة القوية فى تضييق دائرة الوقف .

١٠ — أما من لهم الحق فى سماع هذه الإشهادات فقد نوعهم القانون تبعاً لأهمية نوع الإشهاد ، فجعل أهمها من اختصاص محكمة التصرفات ، و باقيها من اختصاص الرؤساء والقضاة والموثقين ، وحرم سماعها جميعاً على من عدا هؤلاء .

وما تختص محكمة التصرفات بسماعه هو :

أولا — الإشهاد المشتمل على الحرمان الوارد بالفقرة الأولى من المادة ٢٧ التى أعطت للواقف الحق فى حرمان صاحب الاستحقاق الواجب من كل الاستحقاق الذى أوجبه له القانون أو من بعضه ، كما أعطت له الحق فى اشتراط ذلك ، متى كانت لديه أسباب قوية ترى محكمة التصرفات بعد تحقيقها أنها كافية لما ذكر .

والإشهاد المشتمل على الحرمان كما يتناول إشهاد الوقف ، يتناول إشهاد التغيير .

والحرمان شامل للحرمان المعلق على شرط والحرمان المطلق عن الشرط ، وليس من الضرورى أن يصرح فيه بالحرمان بل المدار على كونه يؤدى إليه كما لو وقف على أولاده وذريته وله زوجة أو والدان لم يتناولهما الوقف .

ولا تختص محكمة التصرفات بسماع الإشهاد إلا إذا اشتمل على حرمان من حق واجب له فإذا اشتمل الإشهاد على حرمان أحد من أصحاب الأنصبة الواجبة ، ولكن الواقف كان قد أعطاه ما يساويه بغير عوض من طريق تصرف آخر لا تكون محكمة التصرفات مختصه لأنه لا يجب له شيء ، والحرمان فى نظر هذا القانون هو الحرمان مما وجب ، وكذلك لا بد أن يكون الحرمان مبنياً على ما جاء بالفقرة المذكورة فلا تختص بسماع الإشهاد الذى اشتمل على حرمان لم يبن على سبب ، أو اشتمل على حرمان أجازه القانون كالحرمان المرخص به فى الفقرة الثانية من المادة ٢٧ وفى المادة ٢٨ ، فالإشهاد فى جميع هذه الأحوال من اختصاص الرئيس أو من يحيله عليه .

وقد أوجب القانون على محكمة التصرفات أن تدعو من يراد حرمانه لسماع أقواله ، وهذا الأمر ، وإن كان عملا إدارياً وليس بخصومة حقيقية ، أشبه شيء بالخصومة ، فإذا كان من يراد حرمانه ليس أهلا لذلك كالمحجور عليه قام مقامه فى ذلك من يمثله فى الخصومة وإذا كان هو المشهد وجب إقامة وصى خاص لتعارض المصلحة . ومن الواضح أن الدعوة إنما تجب حيث تكون ممكنة ، فلا دعوة إذا تبين أن من يراد حرمانه لم يوجد بعد كمن يريد تضمين وقفه حرمان أولاد ابنه من زوجة معينة لأسباب لديه ، ولم يكن ابنه إذ ذاك قد رزق منها بأولاد أصلا ، فلا دعوة ، لأن من يراد حرمانه لم يخلق ، ولا شأن لابنه فى ذلك ، لأنه لا يراد حرمانه ولا ولاية له على من لم يوجد من ولده . وإذا كان من يراد حرمانه غائباً بمكان معلوم يمكن أن توجه إليه الدعوة فيه ، ولكن هناك ما يحول بينه وبين الحضور كأن كان ممنوعاً من دخول البلاد المصرية ، أو كان حضوره يتطلب زمناً طويلا يتضرر منه طالب الإشهاد ، حددت له المحكمة الوقت الذى يكفى لأن يرسل أقواله فيه من طريق رسمى أو لتوكيل من ينوب عنه فى ذلك ، فليس الغرض من سماع أقواله سوى الوقوف عليها من طريق موثوق به .

وإذا كانت الدعوة غير ممكنة أو دعى ولم يحضر هو ولا من ينوب قامت

المحكمة بما يجب عليها من تحقيق الأسباب التى أشارت إليها الفقرة الأولى من المادة ٢٧ ، فليس تحقيقها قاصراً على سماع أقواله ولا متوقفاً على حضوره . والدعوة عمل إدارى من أعمال المحكمة تسلك فيه أفضل الطرق التى تراها محققة لهذا الغرض .

ثانيـــا — سماع الإشهاد بالرجوع فى الوقف كله أو بعضه أهليا كان أو خيريا ، ولا بد أن يكون رجوعا فى وقف صدر قبل العمل بهذا القانون ، أما الرجوع فيما صدر بعده فليس من اختصاصها ، والسر فى التفرقة أن الرجوع فى الوقف السابق يجوز فى بعض الأحوال دون البعض الآخر ، وكثيراً ما يكون هـــذا الحق موضع اشتباه ونزاع و يتطلب تحقيقاً و إثباتاً فأشبه الخصـومة ولذلك وَكل أمره إلى القضـاء الولائى ، أما الرجوع فى الوقف اللاحق فإنه جائز فى جميع الأحوال فلا يحتاج إلى الضمانات التى يحتاج إليها النوع الأول .

وقد أوجب القانون هنـا أيضاً دعوة جميع المستحقين فى حياة الواقف ومن يستحقون بعد موته مباشرة فيما يراد الرجوع فيه طبق آخر وضع استقر عليه الوقف حين هذا الإشهاد ، فلا تجب دعوة من يكون موجوداً من الموقوف عليهم حين الإشهاد إذا لم يكونوا مستحقين فعلا ولا يستحقون بعـد موته مباشرة و إن كان الإشهاد سيلحق الضرر بهم رغبة فى الابتعاد عن توسيع هذه الدائرة اتقاء لعرقلة عمل المشهد . فرؤى الاكتفاء بذوى الشأن المباشر فى إيجاب الدعوة ، وعدم إيجابها ليس من شأنه أن يحول بينهم و بين الحضور من تلقاء أنفسهم وسماع أقوالهم ، ولا بين المحكمة و بين دعوتهم أن رأت فى ذلك فائدة . وسياق المادة واضح فى أن المراد من المستحقين من يستحقون فيما يراد الرجوع عنه فحسب دون المستحقين فى غيره فإنهم لا شأن لهم فى هـــذا التصرف ولا تتأثر مصلحتهم به فى قليل ولا كثير .

وما قدمناه فى الكلام عن دعوة من يراد حرمانه يجرى هنا أيضاً و يراعى

أن ممثل الجهة الخيرية التى تستحق فى حياة الواقف أو بعد موته مباشرة يجب أن يدعى لسماع أقواله .

ثالثا — التغيير فى مصارف الوقف كله أو بعضه أهلياً كان أو خيرياً متى كان ذلك فى وقف صادر قبل هذا القانون . وقد أوضحت فيما مضى معنى التغيير فى المصارف . ومما يلاحظ أن الشارع اقتصر هنا على التغيير فى المصارف ولم يذكر التغيير فى الشروط ، والسبب فى ذلك أن ما ينتظر أن يكون محل خلاف هو التغيير فى المصارف ، والتغيير فى الشروط المتعلقة بالمصرف تغيير فيه ويندرج تحته ، أما التغيير فى الشرط الذى لا يترتب عليه تغيير فى الاستحقاق فلا ينتظر أن يكون محل نزاع له شأن فيكفى أن يفصل الرئيس أو القاضى فى أمره . ومن البيّن أن المراد بالمستحقين المستحقون فيما يتناوله إشهاد التغيير كما بينا فى الرجوع .

والقانون لم يوجب فى حالتى الرجوع والتغيير سوى دعوة هؤلاء المستحقين لسماع أقوالهم ولم يوجب تحقيقاً عاما كالذى أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة ٢٧ فإذا لم يوجد من تجب دعوته أو كان ودعى ولم يحضر فليس على المحكمة إجراء أى شىء آخر من تلقاء نفسها لأن جواز الرجوع أصل والمنع منه استثناء مراعاة لحق شخصى ، أما حرمان ذى النصيب الواجب فهو استثناء وارتكابه بدون سبب يبرره فيه محادة للقانون .

١١ — وتتبع محكمة التصرفات فى نظر المادة المتعلقة بسماع الإشهاد الذى تختص بسماعه ، الإجراءات التى تتبعها فى سائر مواد التصرفات ، والقرار الذى تصدره بشأنه سماعا أو رفضاً يكون قابلا للاستئناف بدون قيد ولا شرط ومهما كانت قيمة الموقوف الذى يتناوله هذا الإشهاد ، وهو ككل قرارات التصرف لا شأن للمحكمة بإعلانه .

ويرجع فى معرفة ميعاد الاستئناف ومن له الحق فيه إلى المادة ٣٢٧ من لائحة المحاكم الشرعية .

والفقرة الثانية من المادة الرابعة صريحة فى أن المحكمة إذا رأت سماع إشهاد من الإشهادات التى تختص بسماعها أصدرت قراراً بسماعه ، وهـذا القرار شىء ونفس سماع هذا الإشهاد شىء آخر ، وهذا القرار هو الذى اعتبرته الفقرة المذكورة التصرف الذى يجوز استئنافه لا نفس سماع الإشهاد ، وهذا القرار تصرف لم يوجب له القانون نفاذا مؤقتا فيترتب على استئنافه وقف تنفيذه كما أنه لا يجوز تنفيذه قبل مضى ميعاد الاستئناف ، وتنفيذ هذا القرار ليس إلا سماع الإشهاد فيجب أن ينتظر به فوات ميعاد الاستئناف أو الفصل فيه أما سماعه قبل ذلك فهو مخالف لأحكام اللائحة رغم ما قد يترتب عليه من إلغاء الإشهاد فى جميع الأحوال واتخاذ إجراءات لمحو التسجيل فى إشهاد الوقف والرجوع فيه .

وإذا ألغت المحكمة العليا القرار الصادر برفض سماع الإشهاد فليس لها إلا تقرير سماعه وإعادة المادة إلى المحكمة الابتدائية للتنفيذ ، وليس لها أن تسمعه هى لأن سماع هذه الإشهادات من اختصاص المحاكم الكلية وحدها .

وقد أعطى لمحكمة التصرفات الابتدائية اختصاص آخر غير سماع هذه الإشهادات هو نظر التظلم الذى يرفعه طالب الإشهاد عن القرار الذى يصدره الرئيس أو القاضى برفضه سماع الإشهاد ، وعملها فى هذه الحالة قاصر على الفصل فى التظلم بالقبول أو الرفض ، فإذا ألغت قرار الرفض أعادت الأوراق للرئيس لينظر فى أمر سماع الإشهاد أما هى فلا تملك سماعه . وقرارها الصادر فى هـذا التظلم نهائى بطبيعته لا يجوز استئنافه بحال .

١٢ — أما ما يختص الرؤساء والقضاة والموثقون بسماعه فهو ما لا تختص محكمة التصرفات بسماعه من هذه الإشهادات .

وللرئيس أن يسمع هذه الإشهادات هو بنفسه ، وله أن يحيل سماعها على من تصح إحالتها عليه .

وعمله هذا من أعمال الرياسة يقوم مقامه فيه بمقتضى المادة ١٣ من لائحة المحاكم الشرعية نائب المحكمة أو من يندبه وزير العدل للرياسة إذا غاب الرئيس

أو منعه مانع من العمل ، فليس لنائب المحكمة سماع هذه الإشهادات من تلقاء نفسه ولا إحالتها على قاض أو موثق ، إذا لم يكن قائماً مقام الرئيس طبقاً للمادة المذكورة .

والمراد من القضاة ، القضاة المخصصون للعمل بالمحكمة الكلية ومن بينهم نائب المحكمة فى الوقت الذى لا تكون له فيه الرياسة ، والقضاة الذين يندبون ندباً مؤقتاً للقيام بأعمال المحكمة الكلية ، فهؤلاء جميعاً يصدق عليهم أنهم قضاة بالمحكمة الكلية ولكنهم لا يملكون سماع شىء من هذه الإشهادات إلا بإحالة من الرئيس .

وقد كان الرأى أولا ألا يتولى سماع هذه الإشهادات أحد سوى رجال القضاء ولكن تبين من البحث والاستعراض أن هـذا قد يشق عليهم وعلى الطالبين ويؤدى إلى تأخير الأعمال ، فاستقر الرأى على أن يكون بجانبهم طائفة من الموظفين بالمحاكم الكلية يعينهم وزير العدل لهذا الغرض ويطلق عليهم اسم الموثقين ، وقد فوض القانون أمر اختيارهم لوزير العدل تفويضاً مطلقاً ، لكن جاء بمذكرته التفسيرية أنهم يختارون من الكتاب الممتازين من العلماء الذين توافرت لهم الخبرة التامة بأمور التوثيق والدراية بالمسائل الشرعية وأحكام هذا القانون . وما جاء بالمذكرة بيان لما يريده الشارع من الموثق وما يجب أن يتوافر له من الكفاية والمؤهلات ، فالواجب ألا يعين موثقاً إلا من اكتملت له هذه الصفات . إلا أنه لو فرض أن من لم يكن جائزاً لها عين موثقاً ثبت له هذا الوصف وصحت التصرفات التى يسمعها بالإحالة ، ولو أن قائلا قال ببطلانها استناداً إلى أن المذكرة التفسيرية محددة لمعانى القانون ولما يراد من ألفاظه وأن تعيين غيره يقع باطلا ولا يكسب صاحبه هذا الوصف لتجاوز من عينه حدود الولاية التى منحت له ، لو قال هذا قائل لكانت له حجته .

ومهما كان شأن الموثق فمن الواجب أن يراعى أن سماعه لهذه الإشهادات ليس الأصل ، وإنما هو أمر دعت إليه ضرورة العمل والرغبة فى التيسير ، وأن يراعى أن القانون لم يعطه الحق فى رفض سماع الإشهاد إذا تبين له وجود ما يمنعه من سماعه ، وأوجب عليه أن يرفع الأمر إلى الرئيس ليفصل فيه بنفسه أو يحيل

الفصل فيه على أحد القضاة ، من الواجب أن يراعى كل هذا حتى لا يكون إسراف فى الإحالة عليه ، وألا تكون إلا إذا مست إليها الحاجة .

ويجرى العمل بالمحاكم الشرعية على أن إحالة الإشهادات تارة تكون بإحالات خاصة بحيث يحال كل إشهاد على حدة ، وتارة تكون بإحالة عامة ، كإذن الموظف بسماع الإشهادات أو نوع منها إذنا عاما ، وأثناء نظر لجنة العدل لهذا القانون عند العرضة الأولى اقترح (١) رئيس مجلس الشيوخ النص على أن تكون الإحالة بالنسبة إلى كل إشهاد على حدة ، فقال وزير العدل إن هذا هو المفهوم من النص فليس للمحال عليه سماع الإشهاد إلا بعد أن يؤذن له فى خصوصه ، ووافقت اللجنة بالإجماع على هذا التفسير واكتفت به . والنظام الذى وضعته وزارة العدل ونشرته على المحاكم يكفل ذلك .

١٣ — سلطة من يسمع الاشهاد — المحاكم الشرعية تسمع الإشهادات على وجه العموم بدون تدخل فى موضوعها ، ولا تتدخل إلا فى النذر اليسير منها ، فهى تتدخل فى إشهاد الاستبدال وفى تحقيق الوفاة والوراثة ، وتحقيق الوفاة بدون وارث ، وتحقيق الغيبة ، وتحقيق الوجود ، وتمتنع عن سماع الإشهاد إذا كان تعاقداً على محرم شرعاً كالربا أو كان المشهد مصاباً بخلل عقلى ، وفيما وراء ذلك لا تتدخل ولا تمتنع عن السماع وإن ظهر لها أن المشهد لا يملك التصرف الذى يشهد عليه ، وكل ما تصنعه أنها تثبت فى صدر الإشهاد حالة المشهد الصحية أو أنه طلب سماع الإشهاد على عهدته . وقد أدت هذه الطريقة إلى متاعب وخصومات طويلة ملتوية ، فاتقاء لهذه المساوىء أوجب هذا القانون على من يسمع الإشهادات الواردة به أن يتدخل فى الموضوع ويبحثه بحثاً وافياً ، ففى الوقف مثلا ، يجب أن يتأكد من أن صياغته تؤدى المعانى التى يريدها المتصرف من غير لبس ، ومن تحقق الشروط التى يجب توافرها فى صيغة العقد وفى الواقف وفى الموقوف وفى الموقوف عليه وطريقة توزيع الريع ، وأن يبحث الشروط ليتعرف ما يجوز منها

(١) جلسة ٢٨ مارس سنة ١٩٤٣

وما لا يجوز ، وكذلك يبحث كل إشهاد بالطريقة الملائمة له ، وإذا رأى من بحثها أن الأمر يحتاج إلى تحقيق أجراه ولا يوجد ما يحول بينه و بين ذلك ، كل ذلك يكون طبقاً لأحكام هذا القانون والأحكام الأخرى التى تطبقها المحاكم الشرعية وهى الواردة بقوانين أخرى لها ومالا يخالف ذلك من مذهب أبى حنيفة ، أما أحكام هذا المذهب التى تخالف أحكام هذا القانون فلا يرجع إليها فى معرفة الممنوع والباطل ، إذ لا يصدق عليها أنها أحكام تطبقها المحاكم الشرعية ، ولوجاز الرجوع إليها لامتنع سماع الإشهادات التى تشتمل على تصرفات يجيزها هذا القانون وهى ممنوعة عند الحنفية ، فإذا تبين من البحث أو من التحقيق الواجب أو من التحقيق الذى تدعو إليه الحال ، أن الإشهاد لا يمكن سماعه أصلا ، أو أن به عيوباً لا يمكن أن يسمع إلا بعد تنقيته منها ، وأصر الطالب على عدم القيام بذلك ، رفض سماعه ممن له الحق فى رفضه .

وكذلك يرفض الإشهاد إذا ظهر لمن له الحق فى سماعه أن المشهد فاقد الأهلية للتصرف الذى يريد الإشهاد به . أما إذا كان أهلا له فلا يرفض سماعه ، وإن لم تكتمل له الأهلية بوجه عام ، فالمحجور عليه للسفه أو الغفلة أو لمظنة السفه والغفلة ليس أهلا للتصرفات المالية ، ولكن العمل قد جرى بمصر على أنه يملك الوقف والتغيير فيه على الطريقة التى يأذن له بها المجلس الحسبى (١) ، فإذا أراد الوقف أو التغيير وحصل من المجلس أو المحكمة على هذا الإذن ، لا يرفض سماع هذا الإشهاد منه ، لأنه أهل له ، وإن كان فاقد الأهلية الكاملة بوجه عام ، والمعتوه المميز والمحجور عليه للسفه إذا قلنا أن لهما الحق فى الرجوع عن الوقف ، لا يرفض سماع الإشهاد منهما بذلك ، مع أن كلا منهما فاقد الأهلية الكاملة بوجه عام . إن فقدان الأهلية لا يقتضى رفض سماع الإشهاد إلا إذا أدى إلى فقدان المشهد الأهلية للتصرف الذى يريد الإشهاد به ، كما أنه إذا كان كامل الأهلية

---

(١) مشروع القانون المدنى أراد تثبيت هذا فجاء فى المادة (١٢٠) منه أن تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف يكون صحيحاً إذا أذنته المحكمة بذلك .

فى ذاته ولكنه لا يملك التصرف الذى يشهد به رفض سماع الإشهاد منه ، فالمدار فى الحقيقة على ملك المشهد للتصرف وعدمه ، ولا يراد من هذه العبارة النص على أن المحجورين لا يسمع منهم شىء من هذه الإشهادات و إن كانوا يملكونه و إنما يراد ما ذكرنا لأن هذه المادة ليست بصدد بيان من يملك التصرف ومن لا يملك و إنما سيقت لبيان سلطة من يسمع الإشهاد وقد كان صدر الفقرة كافياً بإطلاقه ولم تكن هناك حاجة ماسة للنص على فقدان الأهلية بخصوصه ، ولكن أريد بذلك توجيه الأنظار إلى هذا الموضوع والعناية به .

وفى لجنة العدل[1] ومجلس الشيوخ[2] دارت مناقشة حول عبارة (إذا ظهر . . .) وأريد أن يستبدل بها عبارة « إذا ثبت . . . » لأن فى ترك أمر الأهلية إلى تقدير من يسمع الإشهاد خطورة ، وقد يحصل تضارب بين تقديره وتقدير الجهة المختصة بالفصل فى أمر الأهلية وهى المجالس الحسبية ، فقد يحجر المجلس على من يراه هو أهلا ، وقد يرفض المجلس الحجر على من رآه هو فاقد الأهلية ، ولكن النص استبقى لأن فيه تيسيراً أكثر من النص المقترح ، مع مراعاة أن من يسمع الإشهاد إن قدم له دليل على الحجر المانع من سماع الإشهاد عمل بموجبه ، و إن لم يكن هناك حجر وكان عدم الأهلية من الأمور البينة التى لا يختلف فيها كظهور الجنون على وجه لا يشك فيه عمل بما ظهر له ورفض سماع الإشهاد ولا معنى لانتظار الفصل فى ذلك حتى تفصل الجهة المختصة ، و إن كانت المسألة محل اشتباه وجب عليه أن يبحث الأمر بحثاً دقيقاً وأن يستعين بالخبراء ، ومتى تبين له أنه أهل سمع منه الإشهاد و إن تبين عكسه رفض سماعه ،وأيا ما كانت الحال فإن قرار المجلس الحسبى هو القرار الفاصل فى أمر الأهلية و إن خالف قرار من يسمع الإشهاد أو يفصل فى التظلم المتعلق به ويعمل به و إن كان لاحقاً له وانتهت المناقشة بهذا الإيضاح وقدأشير إلى ذلك إشارة موجزة بالمذكرة الإيضاحية.

١٤ — وقد مر عليك أن قرار محكمة التصرفات الصادر بسماع الإشهاد

(١) جلسة ٢٨ مارس سنة ١٩٤٣ (٢) جلسة ٢٦ مارس سنة ١٩٤٤

أو رفضه من التصرفات التى تستأنف ، وأنه كبقية قراراتها لا شأن لها بإعلانه ، أما قرار رئيس المحكمة أو القاضى الصادر بسماع الإشهاد فإنه قرار باتٌ لا يستأنف ولا يتظلم منه و إن تدخل فيه ذو شأن ونازع فى سماعه ، ومن الواضح أن هـذا القرار قرار إدارى محض لا يمنع أحداً من تخاصم أوتقاض ، والحال فيه كما هو الحال فى الإشهادات التى سمعت قبل القانون ، أما قراره بالرفض فقد أجيز للطالب أن يتظلم منه ، لأن الأصل سماع الإشهاد وقد تكون الأسباب التى بنى عليها الرفض محل اشتباه . ويكون التظلم منه بطريق المعارضة فيه أمام هيئة التصرفات بالمحكمة التى قدم إليها الطلب .

و إذا لم يكن هذا القرار صادراً فى مواجهة الطالب ، وجب على قلم كتاب المحكمة إعلانه به بكتاب موصى عليه ليمكن بذلك تحديد الوقت الذى يبتدىء به ميعاد التظلم فى هذه الحال . ويكون التظلم من القرار فى مدى سبعة أيام من تاريخ صـدوره فى مواجهة الطالب ، ومن تاريخ إعلانه إليه إن كان قد صدر فى غيبته ، وتاريخ الإعلان هو تاريخ تسلمه الكتاب الموصى عليه لا تاريخ إرسـاله .

وقرار محكمة التصرفات الذى يصدر فى التظلم يكون نهائياً ولا محل لإجازة استئنافه لأن أهمية الموضوع لا تدعو إلى أكثر من نظره أمام هاتين الجهتين .

١٥ — ومن ألقى نظرة على جميع ما يتطلبه الإشهاد والسير فيه حتى ينتهى أمره لا يتردد فى الحكم بأن ضبط الإجراءات وتنظيم سير العمل يحتم أن يتبع إدارياً فى نظر هذه الإشهادات التى لا تختص محكمة التصرفات بسماعها ، ما يتبع فى إشهادات تحقيق الوفاة والوراثة . وقد كان ذلك فى طليعة ما اقترحت العمل به تنفيذاً لهذا القانون ، وقد اشتمل منشور وزارة العدل رقم ٩ لسنة ١٩٤٦ الصادر فى ٧ سبتمبر سنة ١٩٤٦ الذى كلفنى معالى الوزير بإعـداده على تنظيم ما يتعلق بذلك تنظيما حسنا[١] .

---

(١) جاء بهذا المنشور خاصاً بذلك ما يأتى : =

ثانياً — تأبيد الوقف وتأقيته

مادة ٥ — وقف المسجد لا يكون إلا مؤبداً ، ويجوز أن يكون الوقف على ما عداه من الخيرات مؤقتاً أو مؤبداً وإذا أطلق كان مؤبدا ، أما الوقف على غير الخيرات فلا يكون إلا مؤقتا ، ولا يجوز على أكثر من طبقتين.

ويعتبر الموقوف عليهم طبقة واحدة إذا عينهم الواقف بالاسم حين الوقف ، رتب بينهم أم لم يرتب ، وإن كانوا غير معينين بالاسم اعتبر كل بطن طبقة ، ولا يدخل الواقف فى حساب الطبقات .

= وطبقاً للمادة الرابعة من هذا القانون . قد يرفض الرئيس أو القاضى سماع الإشهاد وفى هذه الحالة يكون للطالب الحق فى التظلم من هذا القرار إلى محكمة التصرفات فى المواعيد المبينة بهذه المادة . ولكى يسهل على المحكمة الفصل فى هذا التظلم يجب أن تكون لديها كل الأوراق المتعلقة به وأن تقف على كل ما اتخذ بشأنه .

وترى الوزارة تنظيما للأعمال وضبطاً للاجراءات اتباع مايأتى :

أولا — يقدم الطلب إلى الموظف المختص ومعه مشروع كامل للاشهاد وجميع البيانات والأوراق التى يحتاج إليها فى بحثه ويؤشر الموظف على حافظتين للأوراق بتسلمها وتاريخه ويعطى إحداهما للطالب موقعاً عليها منه .

ثانياً — يقيد الموظف هذا الطلب يوم تسلمه فى دفتر يعد لذلك . وإلى أن يتم إعداد الدفتر الملائم يستعمل بدلا منه الدفتر المعد لقيد مواد تحقيق الوفاة والوراثة . كما يعد لكل طلب ملفاً خاصاً به تودع به جميع الأوراق المتعلقة به ويكون به محضر تبين به الاجراءات التى اتبعت والأقوال التى أبديت . ويكتب بظاهره رقم الطلب وبيان جميع الأوراق المودعة به .

ثالثاً — يعرض الموظف على رئيس المحكمة هذا الملف فى اليوم التالى لتقديمه على الأكثر وهو يؤشر على الطلب ببحثه لديه أو بإحالته على غيره ويجب أن يبدأ البحث فى اليوم التالى لذلك على الأكثر وأن يسار فى بحثه على وجه الاستعجال .

رابعاً — إذا تقرر سماع الإشهاد اكتفى بإثبات ذلك بالمحضر . وإذا تقرر رفضه حرر بذلك قراراً مشتملا على أسباب الرفض يوقعه من أصدره ويودع بالملف ولكنه لا يسجل . وفى جميع الأحوال يؤشر بما تم نحو الطلب فى دفتر القيد ولا يحصل رسم الإشهاد إلا بعد أن يتقرر سماعه ومتى حصل تظلم من قرار الرفض ضم الملف إلى مادة التظلم .

وإذا أقت الوقف على غير الخيرات بمدة معينة وجب ألا تتجاوز ستين عاماً من وقت وفاة الواقف .

ويجوز للواقف تأقيت وقفه الصادر قبل العمل بهذا القانون طبقاً لأحكام الفقرات السابقة متى كان له حق الرجوع .

١٦ — الأوقاف فى نظر هذا القانون ثلاثة أنواع : نوع يجب تأبيده ، وآخر يجوز تأقيته وتأبيده ، وثالث يجب تأقيته .

فأما الذى يجب تأبيده فهو وقف المسجد نفسه أى جعل المكان مسجداً ، والمسجد كما يشمل المسجد الجامع الذى تقام فيه الجماعة والجمعة يشمل مسجد الجماعة وهو الذى تقام الصلاة فيه بجماعة ولا تقام فيه الجمعة كبعض المساجد والزوايا فى البلاد المصرية . ومعنى كونه لا يكون إلا مؤبداً أنه لا تتم مسجديته ولا يصير مسجداً إلا إذا أبد جعله مسجداً، والتأبيد يكون بذكر الأبد صراحة أو ذكر مايدل عليه كقوله جعلته مسجداً ، فإن المسجدية قربة لا تنقطع ، أو بالإذن بالصلاة فيه مع انضمام ما يدل على إرادته جعله مسجداً ، فمن بنى مسجداً وأذن للناس بالصلاة فيه مع الإطلاق عن التأبيد والتأقيت يكون مسجداً بذلك لأن الإذن بالصلاة قد انضمت إليه قرينة البناء الدالة عرفاً على أنه أراد من الإذن بالصلاة فيه جعله مسجداً ، ومن كانت له ساحة ليس فيها بناء وأمر قومه بالصلاة فيها وأطلق فلم يوقت ولم يؤبد كانت مسجداً إن نوى ذلك ، فبضميمة النية إلى الأمر تحقق به التأبيد . وإذا أقت جعله مسجداً لم يكن مسجداً وكان ملكا له يورث عنه ، والتأقيت يكون بذكره صراحة كجعله مسجداً سنة أو سنين أو عشراً أو شهراً وكأمره بالصلاة فى الساحة المملوكة له مدة معينة ، ويكون أيضاً بإطلاق الأمر بالصلاة إذا لم تنضم إليه قرينة بناء أو نية فمن أمر بالصلاة فى ساحة غير مبنية ولم ينو بذلك جعله مسجداً لم يكن مسجداً وكان ملكا يورث عنه .

١٧ — والوقف الذى يجوز تأقيته وتأبيده هو ما عدا المسجد من الوقف

على وجوه الخير دينية كانت أو دنيوية كالوقف على المساجد وفى الحج وفى الجهاد وعلى المساكين وفى إنشاء الطرق والجسور وفى بناء المستشفيات والإنفاق عليها وفى إنشاء دور التعليم بأنواعها وفى الإنفاق عليها . والوقف على وجوه الخير قد يكون مستقلا وقد يكون مع غيره ، وإذا كان مع غيره فقد يكون بتخصيص عين معينة لها من الموقوف ، وقد يكون بأن يجعل لها سهماً معيناً من الغلة أو يقرر لها مرتباً محدوداً أو يجعل لها ما هو فى حكم المرتب المعين كأن يجعل للمدرسة ما تحتاج إليه من نفقات التعليم ، وللفقير نفقته بقدر كفايته ، وقد يكون الوقف على غيرها أولا ثم من بعده لها وقد يكون العكس . وقد يكون بأن يجعل لها قدراً معيناً أو فى حكم المعين وما فضل يكون لغيرها وقد يكون العكس .

ففى جميع هذه الأحوال يكون الواقف مطلق الإرادة فى الوقف عليها ، فإن شاء أبد وأن شاء أقت ، وإذا أقت بالطبقات كان له أن يؤقت بطبقة أو طبقتين أو أكثر فله أن يقف على إنشاء المساجد التى تحتاج إليها قربته ثم على إنشاء مجموعة صحية بها ثم على إنشاء ما يلائمها من دور التعليم على أن ينتهى وقفه بعد ذلك وله أن يقف على فقرائها والفقراء من ذريتهم طبقة بعد طبقة على أن ينتهى وقفه هذا بانتهاء الطبقة الخامسة مثلا . وإذا أقت بالمدة كان له أن يجعل الأمد ستين عاما أو أقل منها أو أكثر .

والتأبيد يكون بذكر الأبد صراحة فى عقد الوقف ، سمى مع ذلك مصرفاً ينقطع أو مصرفاً لاينقطع ، ويكون أيضاً بذكر مصرف لايظن انقطاعه مع السكوت عن ذكر التأبيد والتأقيت لفظاً ففى هاتين الحالتين يكون مؤبداً لذكر الأبد صراحة أو دلالة ، وكذلك يكون مؤبداً إذا أطلق عن التأبيد وعن التأقيت بأن لم يرد فى عقده ما يدل على التأبيد من قول أو مصرف ولم يصرح فيه بالتأقيت وذلك يكون فى حالة ما إذا وقف على مصرف يظن انقطاعه وسكت عن التوقيت وعن التأبيد . لا يكون مؤقتاً إذا نص على التأقيت صراحة ذكر مع ذلك مصرفا ينقطع أو مصرفاً لاينقطع فلو وقف مدة معينة كان مؤقتاً ، كان المصرف ينقطع أو لاينقطع ، ولو وقف

وذكر مصرفا ينقطع وصرح بانتهاء الوقف بعد انقطاع المصرف كان مؤقتا أيضاً ، فالتأقيت لايكون إلا بالنص عليه صراحة ، سواء أكان الوقت معينا أم غير معين .

١٨ — والوقف الذى يجب تأقيته هو الوقف على غير وجوه الخير، وهو الوقف الذى لايكون على سبيل القربة والصدقة بل يكون على سبيل البر والصلة كالوقف على ذريته أوقرابته أوذرية غيره إذا لم ينط فيه الاستحقاق بوصف يدخله فى الوقف على وجوه الخير ، فإذا جعل غلة وقفه مصروفة لأولاده وذريته كان من هذا النوع وإن جعلها مصروفة للفقراء منهم أوللفقراء من أقاربه أوجيرانه كان من الوقف على وجوه الخير ، فالمدار فى التفريق بينهما على المعنى الجامع الذى ذكرناه .

وهذا النوع كما يكون منفرداً يكون مع غيره على الوجه الذى فصلناه فى الوقف على وجوه الخير من التقدم والتأخر والمشاركة فله أن يقف على نفسه ثم من بعده على غيره وقفاً أهلياً مؤقتاً بمدة أو بطبقتين وفقاً لأحكام هذا القانون ثم من بعد الموقوف عليهم وقفاً أهلياً يكون وقفاً خيراً مؤقتاً أو مؤبداً كما يشاء وسيأتى مزيد إيضاح لهذه الصورة فى انتهاء الوقف .

١٩ — والتأقيت فى هذا النوع يكون بطريقتين ، إحداهما طريقة الطبقات والأخرى طريقة المدة المعينة .

فإذا كان التأقيت بالطبقات وجب ألا يتجاوز طبقتين فإن تجاوزها صح الوقف على الطبقتين الأوليين من الطبقات التى ذكرها الواقف ويبطل على من عداها من الطبقات فلو وقف على أولاده وذريته طبقة بعد طبقة صح الوقف على الطبقة الأولى منهم وهى طبقة أولاده لصلبه وعلى الطبقة الثانية وهى طبقة أولاد أولاده و بطل فيما عدا ذلك .

والطبقة فى عرف الواقفين ومن يتكلمون فى الوقف هى مرتبة من مراتب الاستحقاق المتعاقبة ، أو أهل هذه المرتبة تعددوا أولا ، عينوا بالاسم أو بالوصف ، كان بينهم توالد أولا . فلو وقف على أولاده ثم أولاد أولاده ثم أولادهم ، أو وقف على أولاده ثم على إخوته ثم على جيرانه ، كان أهل كل درجة من درجات

الاستحقاق طبقة ، ولو وقف على زيد ثم عمر ثم خالد ، كان كل من هؤلاء الثلاثة طبقة ، ولو وقف على أولاده وذريتهم ونسلهم ثم على إخوته وذريتهم ونسلهم ، كان أولاده ونسلهم طبقة واحدة ، وإخوته ونسلهم طبقة . وهذا المعنى هو الأصل فى نظر هذا القانون أيضاً ، غير أنه عدل عنه فى الحالتين الآتيتين :

(١) إذا كان الموقوف عليهم معينين بالاسم ولم يرتب الواقف بينهم فى الاستحقاق بل جمعهم فيه كانوا طبقة واحدة ، وفى هذا يتفق المعنى القانونى مع المعنى العرفى ، وإذا رتب بينهم فى الاستحقاق كانوا فى نظر القانون طبقة واحدة أيضاً وإن كانوا فى الاستحقاق أكثر من طبقة ، وقد راعى القانون فى ذلك أنهم متى كانوا معينين بالاسم كانوا جميعاً موجودين فى حياة الواقف ، فالترتيب بينهم فى الاستحقاق لا يتنافى مع غرضه فى أمد التأقيت ، والترتيب بينهم والتشريك سواء بالنسبة لهذا المعنى .

(٢) وإذا كانوا معينين بالوصف وكان بينهم توالد وأشرك بينهم فى الاستحقاق أو رتب بين بطنين فأكثر وبين غيرهم اعتبر كل بطن طبقة فى حق جواز الوقف وإن كانوا طبقة واحدة فى الاستحقاق ، فلو وقف على أولاده وذريته ونسله وجعلهم شركاء فى الاستحقاق اعتبر كل بطن طبقة وصح الوقف على البطنين الأولين منهم فحسب وهم أولاده وأولاد أولاده وبطل فيما عدا ذلك من البطون ، ولو وقف على أولاده وأولادهم ثم على ذريتهم ونسلهم اعتبر أولاده طبقة وأولادهم طبقة ، وإن كانوا فى الاستحقاق طبقة واحدة ، وصح الوقف عليهم وبطل على من عداهم ، ولو وقف على أولاده وإخوته ثم على أولادهم وذريتهم ، اعتبر أولاده وإخوته طبقة وأولاد الأولاد وأولاد الإخوة طبقة وصح الوقف عليهم وبطل على من عداهم ، ولو وقف على أولاده فلان وفلان ... وسماهم بأسمائهم ثم على أولاد أولاده فلان وفلان . وسماهم بأسمائهم ، ثم على أولادهم وذريتهم ، اعتبر أولاده وأولاد أولاده هؤلاء طبقة واحدة وإن رتب بينهم فى الاستحقاق ، واعتبر البطن الأول من ذرية الفريقين طبقة وصح الوقف على هاتين الطبقتين وبطل على من عداهما . ومن التعيين بالوصف قول بعض الواقفين وقفت على أولادى فلان وفلان .

ومن سيحدثه الله لى من الأولاد ، فكأنه قال وقفت على أولادى الموجودين وغير الموجودين . والسر فى ذلك أن ذكر الموقوف عليهم بالوصف مع التشريك بينهم فى الاستحقاق يتنافى مع ما يحتمه القانون من التأقيت المقبول ويؤدى إلى استمرار الوقف على الذرية كما كان الحال قبل القانون .

والبطن لا يطلق فى العرف الفقهى والقضائى إلا حيث يكون السابق واللاحق من أصل واحد على استقامة ، وليس من الضرورى أن يكون بين اللاحقين والسابقين توالد بل يكفى أن يكونوا من عمود نسب واحد . والقانون قد استعمل كلمة «البطن» ولم يحدد لها معنى خاصاً فلا مرجع لبيان معناها إلا هذا العرف . فلا يراعى البطن بين أشخاص ليسوا من عمود نسب واحد ، فلو وقف على إخوته وأولاد أولاده ثم على أولادهم اعتبر الأخوة وأولاد أولاد طبقة واحدة ولا ينظر فيهم إلى البطن وإن كان أولاد الأولاد أنزل درجة من الأخوة ، وذلك لأنهم ليسوا من عمود نسب واحد . وتراعى البطن بين من يجمعهم عمود نسب واحد وإن لم يكن بينهم توالد ، فلو وقف على أولاد زيد وأولاد من مات قبل الوقف من أولاده ثم على أولادهم اعتبر أولاد من مات فى حساب الطبقات — لا فى الاستحقاق — بطناً ثانياً ، ومتى اعتبروا كذلك يكون أولادهم بطناً ثالثاً فيبطل الوقف عليهم لاعتبارهم من الطبقة الثالثة فى نظر هذا القانون وإن كان الواقف قد جعلهم من الطبقة الثانية فى الاستحقاق .

والترديد فى أهل الطبقة الواحدة لا يجعلها طبقتين أو أكثر فلو وقف على نفسه ثم على من يكون موجوداً حين موته من أولاده أو أولاد أولاده إن لم يكن له أولاد حين موته ثم من بعد من يستحقونه بعد موته يكون على أولادهم لم يخرج أولاده وأولاد أولاده مع هذا الترديد عن أن يكونوا طبقة ولا يعتبر أنه وقف على ثلاث طبقات ، لأنه لم يقف على الفريقين معاً ، وإنما جعل الموقوف عليه بعده أحدهما فإذا كان له أولاد كان الوقف لهم ثم لأولادهم وإذا لم يكن له أولاد حين موته كانت الطبقة الأولى هى أولاد أولاده ، والطبقة الثانية هى أولادهم ، وفرق بين هذا وبين

ما لو وقف على أولاده وأولاد أولاده وأولادهم لأنه فى هذه الحال قد وقف جازماً على ثلاثة بطون فكان كل منهم طبقة فيبطل الوقف على الطبقة الثالثة و إن لم يكن له أولاد أصلا حين موته وينتهى الوقف بأولاد أولاده حتما، بخلاف الصورة الأولى فإنه لم يقف بعده على أكثر من بطنين قد يبدءان بالبطن الأول من ذريته وقد يبدءان بالبطن الثانى منهما حسبما يكون عليه الحال عند موته ، ولا مانع من هذا ، فله الحق فى البدء بأى بطن يريد ، وفى الترديد فى هـذا البدء ، ما دام الوقف بعد موته لايتجاوز البطنين .

ومتى كان التأقيت بالطبقات ولم يحدد لوقفه مدة فلا اعتداد بالمدة التى تبقى فيها الطبقة أو الطبقتان و يستمر الوقف طبقاً لأحكام هذا القانون ما بقى الموقوف عليهم وقد يكون ذلك ستين سنة وقد يكون أقل منها أو أكثر .

وأخرج الواقف من حساب الطبقات ، فلو وقف على نفسه ثم على أولاده وذريته مثلا بدىء فى احتساب الطبقات بمن بعده .

و إذا لم يكن الواقف من الموقوف عليهم ووقف على غيره فى حياته احتسبت الطبقات من أول طبقة ذكرها ، وهذا الحكم مفهوم بجلاء من نص المادة ، ولكنه غير متسق مع الحكمة التى أملت على الشارع عدم دخول الواقف فى حساب الطبقات وهى أن الوقف فى حياته غير لازم وله حق الرجوع فيه متى شاء فهو أشبه شىء بالملك الطليق ، ولا مع ابتداء التأقيت بالمدة من وقت وفاته .

٢٠ — وإذا كان التأقيت بالمدة ، وجب أن تكون معينة وهذا هو الذى افترضه القانون فى هذه المادة وفى المادة ١٦ ولم يفترض التأقيت فى الوقف الأهلى بالمدة غير المعينة إلا فى التأقيت بالطبقات ، ووجب ألا تتجاوز ستين عاماً من وقت وفاة الواقف. وأطلق العام هنا فيكون محتسباً بالحساب القمرى لا الحساب الشمسى طبقاً للقاعدة المتبعة حتى الآن وخاصة فى المحاكم الشرعية .

وقد روعى فى تحديد المدة بهذا القدر التناسب مع الطبقتين ، فقد اعتاد الناس أن يعتبروا الجيل ثلاثين عاماً ، وقد اعترض بعض الشيوخ على هذا التقدير وقال

إنه تقدير جزافى لايستند إلى أساس ، واقترح بعض آخر منهم أن يكون الأمد مائة أخذاً بالقاعدة الرومانية التى سار عليها من بعدهم وهى احتساب عمر الطبقة خمسين عاماً ، ولكن هذا الاقتراح لم يؤخذ به .

وإذا كان التأقيت بالمدة ، كان هو الأساس ولا عبرة إذاً بعدد الطبقات لأنه لم يجعل أساساً للتأقيت فيجوز الوقف أثناء تلك المدة وإن تجاوز الموقوف عليهم الطبقتين فلو وقف على نفسه ثم على أولاده وذريته طبقة بعد طبقة وقفاً ينتهى بمضى ستين عاماً بعد وفاته صح الوقف واستحقه من يوجد من أولاده وذريته مادامت المدة وإن كانوا أكثر من طبقتين .

٢١ — وأحكام الفقرات الثلاثة الأولى لاتطبق على الأوقاف الصادرة قبل العمل بهذا القانون كما هو صريح المادة ٥٦ ، فما صدر منها مؤبداً كان صحيحاً أى وقف كان ، وما صدر منها مؤقتاً كان غير صحيح أهلياً كان أو خيرياً ، طبقاً للقانون الذى صدر فى ظله الذى يوجب التأبيد فى جميع الأوقاف .

غير أنه أضيف إليها فقرة رابعة أجازت للواقف أن يؤقت وقفه الصادر قبل العمل بهذا القانون على شريطة أن يكون له فيه حق الرجوع فليس له حق التأقيت فى وقف المسجد ولا فيما وقفه على المسجد ولا التأقيت فى وقفه الذى ليس له فيه حق الرجوع طبقاً للفقرة الثانية من المادة ١١ ، وعلى شريطة أن يكون التأقيت طبقاً لأحكام الفقرات الثلاث الأولى ، فله أن يؤقت فى الوقف الخيرى الذى له حق الرجوع عنه كما يشاء ، وليس له أن يؤقت فى غير ذلك بأكثر من طبقتين إن كان التأقيت بالطبقات ولا بأكثر من ستين عاماً إن كان التأقيت بالمدة المعينة.

وسياق الفقرة الرابعة وما جاء عنها بتقرير لجنة العدل بمجلس الشيوخ ، وهى التى زادتها على المادة ، يدلان دلالة واضحة على أنها وضعت لتطبق على الأوقاف الصادرة قبل العمل بهذا القانون فى الحوادث اللاحقة لا فى الحوادث السابقة ، فقبل زيادتها لم يكن فى وسع الواقف أن يجعل وقفه الصادر قبل القانون مؤقتاً إذا أراد ذلك إلا بالرجوع فيه ثم بإنشاء وقف آخر جديد على الوضع الذى يريده فزيدت

هذه الفقرة للتيسير على هؤلاء وتمكينهم مما يريدون من غير حاجة إلى الالتجاء إلى هذه الإجراءات وتحمل النفقات الباهظة ولم يرد منها تصحيح الأوقاف المؤقتة التى صدرت قبل القانون واعتبرت باطلة فى ظل الأحكام السابقة فهذه الأوقاف تبقى باطلة كما كانت وإذا كان واقفوها أحياء وأرادوا تصحيحها فلا طريق لهم إلا تجديد وقفها طبقاً لأحكام هذا القانون .

* * *

٢٢ — هذا هو تفصيل ما فى هذه المادة من الأحكام ، وهاك ما يتعلق بذلك من أقوال الفقهاء :

(١) ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أن التأبيد شرط فى صحة الوقف وأن التأقيت مبطل له والتأبيد يكون بذكره صراحة أو بجعل آخر الوقف لجهة لا يظن انقطاعها أبداً كالمساكين ، ومصالح المساجد أو بنائها ، والجهاد والحج ، وأكفان الموتى وحفر القبور ، و بناء الحصون أو مرمتها ، و إنشاء السقايات فى الأماكن التى تحتاج إليها ، والمنقطع بهم ، والزمنى والعميان واليتامى ، وقراء القرآن ، والفقهاء ، وأهل الحديث ، وفقراء بنى زيد أو يتاماهم وهم لا يحصون ، واختلفت الأقوال فيمن لا يحصون ، فقيل عشرة ، وقيل أربعون ، وقيل ثمانون ، وقيل مائة ، والفتوى على أنه مفوض لرأى الحاكم . أما إذا جعل آخره لجهة يتوهم انقطاعها ، كالوقف على أولاده ، أو على فقراء قرابته ، أو على بنى زيد وهم يحصون ، أو على مسجد معين ، ولم يذكر مصرفاً غير ذلك لم يصح الوقف لاحتمال الانقطاع ، واحتجوا لذلك بأن موجب الوقف ، بعد الحكم عند أبى حنيفة ، و بعد التسليم عند محمد ، هو زوال الملك بلا تمليك لأحد ، وكل ما كان كذلك يجب أن يتأبد كالعتق فموجبه التأبيد ، فإذا كانت الجهة لا يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه هذا الموجب فلا يصح كما لا يصح المؤقت لهذا المعنى .

أما أبو يوسف فعنه روايتان ، إحداهما أنه لا يشترط التأبيد لصحة الوقف ، و بعد انقطاع الجهة التى ذكرها الواقف يرجع الوقف إلى ملكه أو إلى ورثته

لأن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه ، لأن التقرب تارة يكون فى الصرف إلى جهة تنقطع ومرة فى الصرف إلى جهة تتأبد فيصح فى الوجهين ، وقد نقلت فى المبسوط وفى أجناس الناطفى فروع دالة على هذه الرواية ، وقال الناطفى إن عليها الفتوى . وفى فتح القدير وإذا عرف عن أبي يوسف جواز عوده إلى الورثة فقد يقول فى وقف عشرين سنة بالجواز لأنه لا فرق أصلا — أما الرواية الثانية فهى أن التأبيد شرط لصحة الوقف ، لكنه لا يشترط ذكر التأبيد نصاً ولا بجعله لجهة لا تنقطع لأن لفظ الوقف والصدقة منبىء عن التأبيد ، لأنه إزالة الملك بدون تمليك كالعتق فيتأبد ، وإذا انتهى المصرف الذى عينه صار للفقراء وإن لم يسمهم ، وقال صاحب الهداية إن هذا هو الصحيح .

وذهب يوسف بن خالد السمتى إلى أنه لابد من ذكر الأبد والجهة التى لا تنقطع معاً .

أما المسجد فلابد فيه من التأبيد والتوقيت ينافيه ، والمسجدية جهة لا تنقطع فمتى وجد من الواقف ما يدل عليهما حصل التأبيد[1] ، أما الكلام فيما يدل عليها من قول أو غيره ، وفى اشتراط التسليم لتمام وقف المسجد فذلك أمر آخر غير التأبيد[2] .

---

(١) الفتح جـ ٥ ص ٧ و ٦٤ وما بعدها و ٢١٤ ، إسعاف ١٠

(٢) جاء فى الهداية أنه إذا بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد زال عند أبى حنيفة عن ملكه ، أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به ، وأما الصلاة فيه فلأنه لابد من التسليم عند أبى حنيفة ومحمد ، ويشترط تسليم نوعه وذلك فى المسجد بالصلاة فيه ، أو لأنه لما تعذر القبض قام المقصود مقامه ، وفى البحر أنه لا يصير مسجداً بالتسليم المتولى عند البعض وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى وقال بعض آخر يصير مسجداً كبقية الأوقاف ، وفى الفتح أنه ينبغى أن يكون قول أبي يوسف أن مجرد الإذن كما قالا موجب لزوال الملك وصيرورته مسجداً ، وجزم ابن عابدين فى حاشيته على البحر بذلك ونقل عن الذخيرة ما رآه مؤيداً له . هذا فى البناء مع الاذن أما القول فى الهداية والفتح أن أبا يوسف قال بزوال ملكه بقوله : جعلته مسجداً أذن بالصلاة فيه أو لم يأذن لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط كالاعتاق وقال الكمال أن مقتضى الكلام فى البناء والاذن أنه لو قال وقفته مسجداً ولم يأذن فى الصلاة فيه ولم يصل فيه أحد لا يصير مسجداً بلا حكم وهو بعيد وفى الفتح أن صيرورته مسجداً بذلك لا ينبغى أن يتردد فيه ، وذكر فى العناية الفرق لأبى حنيفة =

(٢) وقال المالكية إن التأبيد فى الوقف ليس شرطاً لصحته ، فيصح عندهم مؤبداً ومؤقتاً وإذا لم يتأبد الوقف رجع بعد انقطاع جهته ملكا لمالكه أو وارثه ، وإذا تأبد كالوقف على زيد وذريته أبداً لا يباع ولا يوهب ولا يورث فمات زيد وانقرضت ذريته بقيت وقفاً ، ولهم تفصيلات فيمن يستحق ريع الوقف فى هذه الحال ، وفى إجارات المدونة أنه لا بأس بأن يكرى أرضه على أن تتخذ مسجداً عشر سنين فإذا انقضت كان النقض لمن بناه[١] . وهذا واضح فى أن المسجد يصح أن يكون وقفه مؤقتاً كسائر الأوقاف .

(٣) وذهب الشافعية إلى أن الواقف لو وقف وقفه لفظاً ، كأن قال وقفت على زيد أو على الفقراء سنة أو عشر سنين أو مائة سنة ، شرط مع هذا التأقيت الصريح عودة الوقف ملكا بعد هذه المدة أو لم يشرط ، كان الوقف باطلا ، ولا يعرف فى ذلك خلاف عندهم ، غير أنه لا أثر للتأقيت الصريح إذا كان الوقف يشبه التحرير ، فلو قال جعلت دارى هذه مسجداً سنة فإن الوقف يصح ويلغو ذكر السنة ويكون مؤبداً . ولا أثر له أيضاً إذا كان طويلا كألف سنة لأن الغرض من ذكره التأبيد .

ولو لم يصرح بالتأقيت ، ولكن وقت ضمناً بأن ذكر جهة تنقطع ولم يزد

= بين الوقف والمسجد وأن لفظ الوقف والصدقة لا ينبىء عن الخروج من الملك أما إذا قال جعلت أرضى مسجداً فليس فيه ما يوجب البقاء على ملكه . وما ذكر فى الفتح من أن مقتضى قول أبى حنيفة ومحمد أنه لو وقفه بالقول ولم يصل فيه واحد لم يكن مسجداً بلا حكم واضح لاشتراطهما التسليم ، وأما اقتضاء كلامهما اشتراط الاذن بالصلاة مع قوله وقفته مسجداً فليس بمسلم ، واستبعاده عدم صيرورته مسجداً قبل الصلاة فيه لا يظهر ما يدعو له مع التصريح باشتراط التسليم ، وما جاء بالعناية لا يتعارض مع ذلك لأن الكلام لبيان ما ينبىء عنه كل من اللفظين لا لبيان جميع الشروط وجزم صاحب النهر بعدم التردد فى المسجدية بمجرد القول من غير تسليم عندهما مناف لما هو منقول عنهما من اشتراط التسليم ، أما لو لم يكن بناء ولا قول ولم يكن إلا الاذن بالصلاة فلابد من ذكر التأبيد لفظاً ، فإن أقت لم يصر مسجدا ، وإن أطلق لم يصر مسجداً أيضاً إلا إذا أراد ذلك كما فى البحر ، وقال فى الفتح لا يصير مسجداً فيما إذا أطلق إلا إذا اعترفت الورثة بأنه أراد الأبد فإن نيته لا تعلم فلا يحكم عليهم بمنع ارثهم بما لم يثبت (فتح ج ٥ ص ٦٤ وما بعدها ، بحر ج ٥ ص ٢٦٨ وما بعدها) .

(١) المنتقى ج ٦ ص ١٢١ ، ١٢٩ ، ١٣٢ ، منح الجليل ج ٤ ص ٧٧ ، عبد الباقى ج ٧ ص ١٠٥

عليها كالوقف على أولاده ، والوقف على زيد ثم عقبه ، والوقف على زيد ماعاش ، فلهم فى ذلك قولان : أحدهما صحة الوقف ، والآخر عدم صحته . والقول الأول هوالأظهر من المذهب وعليه إذا انقطع المصرف الذى ذكره الواقف يبقى الوقف[1].

(٤) وفى الفروع[2] لابن مفلح الحنبلى : ولا يصح الوقف مؤقتاً ، وإن صح فبعده كمنقطع وقيل بلزوم توقيته ، وفى المغنى[3] لابن قدامة أن الوقف المنقطع ، وهو مالا يعلم انتهاؤه كالوقف مع ذكر ما ينقطع ، يصح وبه قال مالك وأبو يوسف والشافعى فى أحد قوليه وقال محمد بن الحسن لا يصح وهو القول الثانى للشافعى. وفى الاختيارات لشيخ الإسلام ابن تيمية أن مأخذ الوقت المنقطع هو أن الوقف هل يصح توقيته بغاية مجهولة أوغير مجهولة فعلى قول من قال لايزال وقفاً لايصح توقيته وعلى قول من قال يعود ملكا يصح توقيته ، فإن غلب جانب التحريم فالتحريم لا يتوقت ، وإن غلب جانب التمليك ، فتوقيته جميعه قريب من توقيته على بعض البطون كما لو قال وقفت على زيد سنة ثم على عمر سنة ثم على بكر سنة[4] . وقال فقهاء الإمامية بصحة الوقف المؤقت بمدة صراحة والمؤقت ضمناً بذكر مصرف ينقطع وقالوا بانتهاء الوقف بانتهاء المدة وانقطاع المصرف[5].

٢٣ — وقد استبقى القانون مذهب الحنفية فى المسجد فلا بد من تأبيده ولا يصح مع التأقيت .

وقد عدل عن مذهبهم إلى إجازة تأبيد الوقف الخيرى وتأقيته تيسيراً على الناس فى فعل الخير. وقد أخذ فى جواز تأقيته بالمدة و بذكر مصرف ينقطع مع التصريح بعودته ملكا بعد الانتهاء بمذهب المالكية وهو مذهب الإمامية وأحد قولين فى مذهب أحمد و إحدى الروايتين عن أبى يوسف فيما إذا ذكر جهة تنقطع ومقتضاها فى التأقيت بالمدة على ما استظهره الكمال فى فتح القدير . وقد اعتبر مؤبداً إذا

---

(١) التحفة جـ ٢ ص ٣٢٢ ، الأنوار جـ ١ ص ٤٣٥ ، شرح المنهج جـ ٣ ص ٢٢٨
(٢) جـ ٢ ص ٨٦٧ (٣) جـ ٦ ص ٢١٤ (٤) ص ١٠٢
(٥) رياض المسائل جـ ٢ وجواهر الكلام ص ٦٣٨

أطلق عن التأقيت والتأبيد أخذاً بالرواية الأخرى عن أبي يوسف .

أما وجوب توقيت الوقف على ما عدا وجوه الخير فمبنى على جواز التأقيت وعلى القول بعدم جواز الوقف أصلا ، فمن وقت من تلقاء نفسه بطبقة أو طبقتين أو بمدة معينة لا تتجاوز الستين عاماً جاز وقفه أخذاً بقول من أجازوا التأقيت ، وإن تجاوز ذلك صح وقفه على الطبقتين وفى المدة المذكورة فقط وبطل فيما عدا ذلك أخذاً فى الجائز بقول من أجاز التأقيت وفى الباطل بقول من قال بعدم جواز الوقف أصلا ، وتصحيح الوقف فى البعض وإبطاله فى البعض الآخر إعطاء لكل أمر منهما حكماً لم يعط للآخر ، ولا حرج فى هذا فقهاً وإن كان العقد واحداً ، ألا ترى أنه لو وقف فى عقد واحد ما يجوز وقفه وما لا يجوز صح الوقف فيما يجوز وقفه وبطل فيما لا يجوز وقفه ، ولو وقف المريض مرض الموت ورد الورثة وقفه صح فى الثلث وبطل فيما زاد عليه ، ولو وقف على من لا يجوز الوقف عليه وعلى من يجوز الوقف عليه صح الوقف على من يجوز عليه وبطل على من لا يجوز عليه ، وأشباه ذلك من الأحكام كثيرة جداً . أما القول بأن إيجاب التأقيت لم يقل به أحد من الفقهاء ففيما قدمناه عند الكلام على اشتراط التوثيق لصحة الوقف(١) ما فيه الكفاية لرده .

٢٤ — مسألة تأبيد الوقف وتأقيته من المسائل الهامة التى كانت موضع عناية كبيرة منذ البدء فى إعداد هذا القانون ، وقد كثر فيها القول وتباينت الآراء وتضاربت الحجج ومجمل ما أبدى فيها من الآراء هو :

(١) يجب استبقاء التشريع الذى كان معمولا به وهو وجوب تأبيد الوقف خيرياً كان أو أهلياً وقد ذهب إلى هذا نفر من أعضاء لجنة العدل ومجلس الشيوخ فى العرضة الأولى للمشروع .

(٢) جواز كل من التأقيت والتأبيد فى الوقف كله أهلياً كان أو خيرياً قررت هذا لجنة العدل فى المرة الأولى بالأكثرية ، ورأته لجنة التنقيح بأكثرية

(١) النبذة (٨) ص ٦٥

عظمى ، واتبعته الوزارة التى تقدمت بالمشروع فى المرة الثانية ، وقررته لجنة الشئون التشريعية بالإجماع .

(٣) جواز تأقيت الخيرى وتأبيده ووجوب تأقيت الأهلى ، قررت هذا لجنة الأحوال الشخصية بأكثرية ، وسارت عليه الوزارة التى قدمت المشروع فى المرة الأولى ، وقرره مجلس الشيوخ فى المرتين ومجلس النواب ، وكانت الوزارة فى المرة الأولى متشددة فى التمسك بهذا حتى أن وزير العدل قال بمجلس الشيوخ إن الحكومة تتمسك كل التمسك بالمادة التى وردت فى مشروعها ويهمنى قبل أن أتكلم على مسألة توقيت الوقف أو تأبيده أن أبين أن مشروع هذا القانون وبخاصة فى مبادئه الأساسية كل لا يقبل التجزئة . وفى هذا تلويح سافر بسحب المشروع إذا لم تقر مبادئه الأساسية ومنها وجوب تأقيت الوقف الأهلى .

وكان من حجة القائلين بجواز تأقيت الوقف الأهلى أن إيجاب تأقيته خطوة واسعة نحو إلغاء الوقف ، لأن فى إيجاب التأقيت تحكماً فى إرادة الواقفين وهم سيفرون من ذلك ويلجأون إلى البيع والهبة ، ومتى نظرنا إلى المصلحة المصرية وحدها وجدنا أن نظام الوقف صالح للبيئة المصرية كل الصلاحية بل يكاد يكون متعيناً ، ولا عيب فيه من ناحية تأبيده أو عدم تداول الموقوف وإنما العيب يرجع إلى الإدارة وحدها . كما أن فى وجوب التأقيت صَدًّا عن سبيل الخير لأن أكثر ما وقف على الخيرات إنما جاء إليها ما لا بسبب الحاجة إلى ذكر مصرف لا ينقطع تصحيحاً للوقف فقد كان التأبيد شرطاً والبلاد فى حاجة ملحة إلى كثير من الخيرات والمعونات الاجتماعية التى لا يمكن أن تقوم بها الحكومة وحدها ، إلى غير ذلك من الاعتبارات التى لها قيمتها .

ومن حجة القائلين بالوجوب أن تأبيد الوقف يحبس العين عن التداول إلى الأبد ولهذا أثره السيىء فى الثروة العامة وخاصة مع ما هو ملموس من تكاثر الوقوف ، كما أن فى تأبيد الوقف الأهلى حجراً على الموقوف عليهم لا مبرر له وخاصة الأجيال المقبلة الذين لا يعرف الواقف من أمرهم شيئاً ولم يتبين له من أخلاقهم

وتصرفاتهم مايبرر حجره عليهم بل إن أكثر الطبقات من الموقوف عليهم لايخلقون إلا بعد موته ، فللواقف الحرية التامة فى حماية من يرى حمايتهم من ذريته التى يتمكن من الحكم عليها أما إطلاق الحرية له ولو كان فيها ضرر على الثروة العامة وإضرار بالذرية نفسها ، الأمر الذى قد يجر البلاد إلى اعتناق المبادىء الاجتماعية الهدامة كالبلشفية ، هذا الإطلاق لايمكن أن يقول به متبصر بل يجب أن يقاوم من الجميع . والتأبيد يجر أيضاً إلى ضآلة الأنصبة ويتلو ذلك عدم الاكتراث بالوقف وإهمال شئونه ثم ضياعه أو تخربه ، وفكرة الخير قد تطورت تطوراً كبيراً فى القرن العشرين وأصبح الخير الذى كان يقوم به الأفراد واجباً من واجبات الحكومة فلا خوف من أن تضار فكرة الخير من وراء التأقيت ، على أن الإحصاء يدل على أن ما وقف على الخير ابتداء أكثر مما آل إليه بعد الوقف الأهلى (1) فالقول بأن الوقف الأهلى هو الذى يغذى الوقف الخيرى لا يستند إلى سند قوى . وقد انتصر الرأى الأخير وتقررت أحكامه فى هذه المادة (2) .

ثالثاً — اقتران الوقف بالشرط

مادة ٦ — إذا اقترن الوقف بشرط غير صحيح صح الوقف وبطل الشرط .

* * *

٢٥ — قررت هذه المادة قاعدتين أساسيتين فى أحكام الوقف :

أحداهما أن الوقف إذا اقترن بشرط غير صحيح كان صحيحاً .

والثانية أن الشرط المقترن بالوقف يبطل إذا لم يكن صحيحاً .

والتصرف وقفاً كان أو غير وقف ، قد يكون منجزاً وقد يكون غير منجز . وغير المنجز هو المعلق والمضاف ، فإذا اقترن القول المنشىء للتصرف بأداة من الأدوات

---

(1) هكذا قيل والله أعلم بصحته . (2) راجع تقارير اللجان وجلستى الشيوخ فى ٢٨ ، ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ وجلستى النواب فى ٢٣ ، ٢٩ يناير سنة ١٩٤٦

التى تربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى على وجه يجعل تحقق الثانى منهما متوقفاً على الأول كان التصرف معلقاً ، كقول الواقف إذا مت كانت أرضى صدقة موقوفة ، أو متى كان عام كذا فهى صدقة موقوفة ، أو إن شفانى الله من مرضى فهى صدقة موقوفة .

وإذا لم يخرج المتصرف إنشاء وقفه مخرج الشرط والتعليق ، ولكنه جعل تحققه غير واقع حين القول بل أخره إلى وقت يجىء بعده سمى التصرف مضافاً كأن يقول أرضى صدقة موقوفة غداً ، أو يوم يمن الله علىّ بالشفاء من مرضى هذا أو بعد موتى . وقال الحنفية ومن نحا نحوهم أن المضاف ينعقد سبباً فى الحال ولكن حكمه يتأخر إلى الوقت الذى أضيف إليه ، أما المعلق فإنه لا ينعقد سبباً فى الحال ولكن يتأخر انعقاده إلى وجود المعلق عليه. أما غيرهم فإنهم لا يفرقون بين التعليق والإضافة ويطلقون على الكل تارة اسم المعلق وتارة اسم المضاف ، ويقولون إن الكل ينعقد سبباً فى الحال ، ويسوون فى الحكم بين قول الواقف: إذا مت فأرضى صدقة موقوفة . وقوله : أرضى صدقة موقوفة بعد موتى .

وإذا لم يكن التصرف معلقاً ولا مضافاً كان منجزاً . والمنجز قد لا يقترن بشىء وقد يقترن بأمر يربطه به منشئه يريد الوفاء به حتما ، كأن يقول أرضى صدقة موقوفة على أن تكون غلتها لى ثم من بعدى لأولادى وذريتى إلى انقراضهم ، أو على أن لى حق التغيير فى مصارفها ، وهذا هو المنجز المقترن بالشرط . وبما ذكرنا اتضح الفرق بين المعلق ، والمضاف والمقترن بالشرط والأخير هو الذى تقرر هذه المادة حكمه .

ولا يراد من اقتران الوقف بالشرط أن يكون هو والشرط قد صدرا معاً فى آن واحد بل يراد منه ما يشمل هذا ويشمل الشرط المتأخر الذى يلتحق بأصل العقد ، فلو أضاف الواقف بعد الوقف إليه شروطاً يملك إضافتها أو غير فى شروطه التغيير الذى يملكه كان ما أضافه أو بدله ملتحقاً بعقد الوقف وكأنه صدر منه حين الوقف ويسمى شرطاً مقارناً ويصدق على الوقف إنه مقترن به .

والصحة فى اللغة تقابل المرض ، وتطلق عند الأصوليين والفقهاء فى العبادات على كون الفعل مُجزِياً يسقط به القضاء شرعاً ، وفى المعاملات على ترتب الثمرة والآثار المطلوبة من التصرف عليه ، والصحيح ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ويقابل الصحة عند غير الحنفية الفساد أو البطلان فهما بمعنى واحد لا فرق بينهما عندهم ، وغير الصحيح يسمى فاسداً أو باطلا على حد سواء ، دخل عليه الخلل فى ركنه أو فى وصفه . ويقابلها عند الحنفية أمران البطلان والفساد ، ويقولون هما أمران متغايران ، فإذا كان عدم الصحة لخلل فى الأصل كان بطلاناً ، وإذا كان لخلل فى الوصف كان فساداً ، فالباطل عندهم ما لم يكن مشروعاً بأصله والفاسد ما كان مشروعاً بأصله ممنوعاً بوصفه والمكروه يندرج عندهم فى الصحيح ، وقد يدرجه بعضهم فى الفاسد ، لأنه وإن كان مشروعاً بأصله ووصفه الملازم ولم ينه عنه إلا لوصف مجاور ، قد نهى عنه لوصف كالى (1) هذا هو اصطلاح الحنفية وهو فيما يظهر لى خاص بالعقود والتصرفات دون الشروط فإنى وجدتهم يعبرون فى جانبها تارة بالفساد وتارة بالبطلان بدون تفرقة ، والسر فى ذلك بين فإن المعنى الذى بنوا عليه التفرقة فى التصرفات لا يوجد فى الشروط .

---

(1) الأحكام للآمدى جـ ١ ص ١٨٥ ، ١٨٦ ، مسلم الثبوت جـ ١ ص ٣٩٦ وما بعدها ، فتح القدير جـ ٥ ص ١٨٥

(٢) اختلفت عبارات كتب الحنفية فى تعليق الوقف ، والذى تحرر لى بعد المقابلة والبحث أن الوقف لا يصح تعليقه بالشرط عند الإمام وصاحبيه إذا كان الشرط غير موت الواقف المطلق فإن علق على غيره بطل ، ويصح تعليقه به عند الصاحبين ومتى تحقق الشرط كان وقفاً لازماً وقبل تحققه لا يكون لازماً كالوصية فيصح الرجوع عنه ، ويصح أيضاً تعليقه على ذلك عند أبى حنيفة ولا يكون لازماً قبل تحقق الشرط ومتى تحقق صار لازماً كالوصية فيصح الرجوع عنه ويصح أيضاً تعليقه على ذلك عند أبى حنيفة ولا يكون لازماً قبل تحقق الشرط ومتى تحقق صار لازما ، وذهب بعضهم إلى أنه يلزم فى هذه الحال على أنه وقف عنده ، وقال آخرون يلزم عنده على أنه وصية بالمنافع مؤبدة . وإذا ركب إيجابه من التنجيز والتعليق بالموت المطلق كقوله : وقف فى حياتى وإذا مت ، صح الوقف ولزم فى الحال عند الصاحبين على أنه وقف ، ولا يلزم عند أبى حنيفة إلا بعد الموت ويكون وقفاً أو وصية حسب اختلاف وجهتى النظر (فتح القدير جـ ٥ ص ٤٣ ، جامع الفصولين جـ ٢ ص ٥ و ٦ ، شرح النقاية لأبى المكارم جـ ٣ ص ١٥٣ ، =

وهذا القانون لم يفرق بين شرط وشرط من الشروط الفاسدة ، واختار الأخذ بصحة الوقف إذا اقترن بشرط فاسد أى شرط كان ، كان منافياً لمقتضى عقد الوقف أو غير مناف لمقتضاه ، و إطلاق هذا الحكم يتناول فيما يتناوله اشتراط التأقيت فى وقف المسجد ، ولكن هذا غير مراد فإن وقف المسجد لا يكون مؤقتاً ويجب تأبيده و إذا أقت لم يصح وقفه كما بينا ذلك من قبل فى شرح المادة الخامسة .

وقد اقتصر هذا القانون على حكم الوقف إذا اقترن بشرط فاسد ، ولم يذكر حكم الوقف إذا اقترن بشرط صحيح لأنه أمر فى غاية الوضوح ، ولم يشأ أن يعرض لحكم الوقف المعلق والوقف المضاف ، فبقى الأمر فيهما خاضعاً لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة كما كان الحال قبل صدور هذا القانون .

٣٦ — والشرط يطلق عند الأصوليين والفقهاء بإطلاقين ، أحدهما هو أن شرط الشىء ما توقف عليه وجوده من غير أن يكون له دخل فى هذا الوجود بعلية أو سببية وهو بهذا المعنى قد يكون شرطاً عقلياً ، وقد يكون شرطاً شرعياً كالطهارة شرط فى صحة الصلاة وكالحول شرط فى وجوب الزكاة ، وقد يكون شرطاً جعلياً ويسمونه أيضاً شرطاً لغوياً وشرطاً نحوياً ، كأن دخلت الدار فأنت طالق وإن

= الخانية جـ ٣ ص ٢٨٨ ، أنفع الوسائل ص ٧٢ ، رد المحتار جـ ٣ ص ٣٩٧ ، عبد الحليم على الدرر جـ ١ ص ٤٣٨)

وكذلك اختلفت عباراتها فى إضافة الوقف ، والذى تحرر لى أن الوقف المضاف إلى ما بعد الموت كأرضى صدقة موقوفة بعد موتى ، صحيح كالمعلق ، ويعتبر كالوصية بالوقف ، فلا يلزم إلا بعد الموت ، ومتى لزم كان وقفاً عند الصاحبين ، ووصية أو وقفاً عند أبى حنيفة ، أما لو قال وقف فى حياتى وبعد مماتى مؤبداً فلا يلزم عند الإمام إلا بالموت ، ويلزم عندهما من وقت القول بشرط التسليم عند محمد ، أما الوقف المضاف إلى غير الموت فهو غير صحيح إلا إذا كان فى المدة السابقة على الوقف المضاف فى حكم الموقوف ، وهو الموصى بغلته فيما بين موت الموصى والوقت الذى أضيف إليه الوقف ، كمن أوصى بغلة ضيعة له لرجل سنين معلومة أو مدة حياته وبعد ذلك تكون هذه الضيعة صدقة موقوفة ، فإنه يصح فى هذه الحال ولا يصح فيما عداها ، فلو قال دارى صدقة موقوفة غداً ، أو بعد سنة ، أو بعد انتهاء مدة إجارتها لفلان ، أو كان قد أوصى بغلتها سنة وجعلها وقفاً بعد سنة أو شهر أو يوم من انتهاء أجل الوصية ، بطل وقفه فى كل هذه الصور (الخصاف ٨٧ و ٨٨ ، هلال ص ٨٧ عبد الحليم جـ ١ ص ٢٨١ القهستانى جـ ٢ ص ٨١ البحر جـ ٥ ص ٢٠٢ ، جامع الفصولين (الموضع السابق) ، رد المحتار جـ ٣ ص ٢٩٢) .

اشتريت الدار الفلانية بعت لك دارى هذه وأشباه ذلك . والإطلاق الثانى (بالمعنى المصدرى) هو إلزام امرئ و التزامه فى تصرف من التصرفات ، (بالمعنى الإسمى) ماألزم به أوالتزم به فى تصرف من التصرفات، والمراد بالشرط هنا هو معناه بالإطلاق الثانى ، فالشرط فى الوقف هو ما ألزم الواقف أو التزم اتباعه فى وقفه .

ومعنى الوقف شرعاً يتحقق بالإيجاب و يتم به وما عدا ذلك مما يلحقه به الواقف يكون من الشروط ، فالتأبيد والتأقيت ، واشتراط الخيار فيه لنفسه أو لغيره أمداً معلوماً أو على الإطلاق ، والاحتفاظ بحق الرجوع فيه أو بيعه عند الحاجة لنفسه أو لغيره ، و بيان مصارفه وما يتعلق بها من ترتيب أو تشريك وتعميم أو تخصيص و إطلاق أو تقييد واستحقاق أو حرمان ، واشتراط التغيير فى المصارف والشروط ، وما يتعلق بالاستبدال والعمارة والنظر وغير ذلك ، كل أولئك من الشروط وكله يطلق عليه الفقهاء اسم الشرط ، وكتبهم ممتلئة بما يفصح عن ذلك أتم إفصاح ، وخاصة عند الحنفية الذين يرون أن المصرف الأصلى للوقف هم الفقراء مراعاة لكلمة «صدقة»، وأن مايذكره الواقفون غيرهم ليس إلا استثناء واشتراطاً. وقد شاع اليوم فى العرف القضائى إطلاق الشروط على ما يعقب الإنشاء من الشروط ولكن ذلك غير مراد هنا بل المراد المعنى الفقهى الأعم .

والشرط الصحيح هو ما كان جائزاً ومعتبراً فى نظر الشارع فيجب العمل به من الواقف ومن كل من له التحدث على وقفه أو النظر فى أموره بإدارة أو قضاء ، ومن هنا جاء ما اشتهر بين الفقهاء من أن شرط الواقف كنص الشارع فى وجوب العمل به . غير أنه مما ينبغى التنبه له أن من الشروط التى يشترطها الواقفون ما يقع أول الأمر صحيحاً ثم يطرأ عليه بعد ذلك ما يقتضى مخالفته وقد يتكرر ذلك ، ومن هذا يمكننا أن نقول أن الشرط الواحد قد يعتبر صحيحاً فى بعض الأحوال وغير صحيح فى البعض الآخر . ومعنى بطلان الشرط أنه يكون لغواً لا تجب مراعاته ولا العمل به . ولك أن تقول فى الشرط غير الصحيح أنه فاسد أو باطل كما شئت عند الحنفية وغيرهم كما أسلفنا .

والفقهاء لم يتفقوا على الشروط الصحيحة والشروط الفاسدة بل اختلفوا فى ذلك اختلافاً عظيماً ، وهذا القانون لم يعن بذكر ضابط للشرط الصحيح أو ضابط للشرط الفاسد ، فيجب أن يرجع فى معرفة ذلك إلى ما جاء به من الأحكام ثم إلى ما لا يخالفها من أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة . والحنفية لم يذكروا ضابطاً وافياً للشرط الفاسد فى باب الوقف كما صنعوا فى البيع ، وقد قال هلال فى كتاب الوقف أن كل شىء فى الوقف لايبطل أصله فالوقف فيه جائز والشرط فيه جائز[1] . وهذا القول يقتضى أن الشرط الباطل هو ما ينافى أصل الوقف ويبطله وأن ما عداه يكون شرطاً صحيحاً ، ولكن بتتبع ما جاء فى وقف هلال وفى غيره من أمهات كتب المذهب يتبين أن هذا القول لا يمكن أن يؤخذ على ظاهره ، وأن الشرط الفاسد عند الحنفية يتناول ما يأتى .

(١) الشرط المنافى لعقد الوقف اقتضى إبطاله أو لم يقتض .

(٢) الشرط الذى لا يجوز شرعاً إما لأنه محرّم أو مكروه تحريماً أو لأن فيه تغييراً للمشروع أو مخالفة لمقاصد الشارع .

(٣) الشرط الذى لا فائدة فيه للوقف ولا للموقوف عليهم ، وهو يشمل أمرين — أحدهما أن يكون فيه تعطيل لمصلحة الوقف أو الموقوف عليهم ، وثانيهما ألا يكون فيه نفع ولا ضرر وعلى هذا الأساس عرفت المذكرة التفسيرية الشرط الفاسد بأنه ما يكون منافياً لعقد الوقف أو يكون غير جائز شرعاً أو لا فائدة فيه .

والمنافاة لعقد الوقف يجب أن يراعى فيها طبيعة الوقف التى اختارها هذا القانون وما جاء به من الأحكام دون الطبيعة والأحكام الواردة بمذهب الحنفية أو غيرهم . وهذا القانون قد أخذ بما اتفق عليه الفقهاء من أن وقف المسجد يكون لازماً من وقت الوقف وبما ذهب إليه الحنفية والشافعية من أنه لا يكون إلا مؤبداً . فلو وقف المسجد وشرط فيه الخيار لنفسه أو لغيره أو شرط أن له أن يرجع فيه أو يهبه أو يبيعه متى شاء كان ذلك كله من الشروط الفاسدة . وأخذ أيضاً بأن

(١) ص ٩١

الوقف على المسجد يكون لازماً من وقت الإشهاد وغيره لا يكون لازماً فى حياة الواقف ولازماً بموته فما ينافى هذا المعنى من الشروط يكون باطلا وأخذ بأن الوقف على غير الخيرات يجب أن يكون مؤقتاً فما نافى هذا من الشروط يكون باطلا .

والجواز شرعاً يرجع فيه لأحكام هذا القانون ثم لأرجح الأقوال من مذهب الحنفية فاشتراط الواقف الشروط العشرة لغيره شرط باطل طبقاً للمادة ١٢ . وشرط الواقف الخاص بالموقوف عليه فى وقف غير المسلم يرجع فى جوازه وعدمه إلى أحكام المادة السابعة ، وشروطه المقيدة لحرية الزواج والإقامة والاستدانة يرجع فى جوازها وعدمه إلى المادة ٢٢ والفقرة الأولى من المادة ٢٧ ويرجع فى الشروط المتعلقة بالحرمان من الاستحقاق إلى أحكام المواد (٢٤ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٧ و ٢٨) والفقرة الأولى من المادة ٢٧ و إلى مذهب أبى حنيفة فيما لا تطبق عليه أحكام هذه المواد . ويرجع إلى مذهب الحنفية فى معرفة المحرم والمكروه تحريماً مما لم يرد له حكم فى هذا القانون، كالوقف على المفسدين وفى وجوه الفساد ، وكوقف المسلم على الكنائس وأشباهها وكاشتراط صرف الريع لمن يقرأ عند قبره أو فى داره أو فى مسجد معين نظير قراءته ، وكاشتراط الواقف منفعة على الموقوف عليه نظير الوقف ، وكاشتراط ما فيه تغيير للمشروع كما لو شرط ألا يكون لوال ولا قاض ولاية على وقفه وليس لهم حق التدخل فى أمره ، واشتراط ألا تعار الكتب الموقوفة إلا برهن ، وكاشتراط ما فيه مخالفة لمقاصد الشارع كما لو وقف المسجد على أن يصلى فيه قوم دون قوم .

أما ما لا فائدة فيه فسيأتى تفصيل أحكامه فى شرح المادة ٢٢ بعون الله ومشيئته.

٢٧ — وأحكام هذه المادة كما تطبق على الأوقاف الصادرة بعد القانون تطبق على الأوقاف الصادرة قبل العمل به طبقاً لأحكام المادة ٥٦ . والجديد فى أحكام هذه المادة هو القاعدة الأولى و بتطبيقها على الأوقاف السابقة تصبح الأوقاف التى كانت باطلة لاقترانها بشرط مناف لعقد الوقف و يقتضى إبطاله أوقافاً صحيحة أما الشروط الفاسدة الأخرى فما كانت تقتضى عدم صحة الوقف . أما القاعدة الثانية فليس حكمها جديداً فالشرط الفاسد كان باطلا قبل القانون كما هو باطل بعده

نعم إن من الشرط ما كان صحيحاً قبل القانون ثم صار بعده فاسداً كاشتراط الشروط العشرة لغير الواقف ومنها ما كان فاسداً قبل القانون وصار بعده صحيحاً كالتأقيت والخيار والرجوع فى بعض الأوقاف ووقف غير المسلم على ما هو حل عنده محرم عندنا ، ولكن ذلك لم يأت من أحكام هذه المادة و إنما جاء من أحكام المواد الأخرى فيرجع فى مدى تطبيقه على الأوقاف السابقة إلى أحكام المواد التى تقرر صحة الشرط أو بطلانه .

* * *

٢٨ — هذه هى أحكام هذه المادة ، أما الحنفية فقد قالوا إن الأصل إن ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة لأنها من باب الربا وهو مختص بالمعاوضات المالية وأصلهم هذا يقضى بأن الوقف لا يبطل بالشروط الفاسدة لأنه ليس معاوضة أصلا . وقد صرح قاضيخان فى فتاواه بأن الوقف لا يبطل بالشروط الفاسدة حيث قال : إن الوقف يشبه العتق فلا يبطل بالشروط الفاسدة . و إطلاق هذا القول يفيد أنه لا يبطل بالشروط الفاسدة و إن كانت منافية لأصله مقتضية لبطلانه و يؤيد هذا تشبيهه بالعتق . ولكن ذكر فى متن الكنز مالا يصح تعليقه بالشرط و يبطله الشرط الفاسد وعد من ذلك الوقف ، ولم يشر إلى خلاف ، وعده منها فى جامع الفصولين ، ولكنه قال «والوقف فى رواية» . وقد تابع النسفى ، الحلبى فى متن المنتقى ، والغزى فى متن التنوير ، وعبارة هؤلاء تقتضى أن الوقف يبطل بالشرط الفاسد مطلقاً ، منافياً كان أو غير مناف وجاء فى الخصاف أنه لو وقف واستثنى أن له أن يبيعه بطل الوقف وكان ميراثاً ، وجاء فيه أيضاً أنه قد روى عن أبى يوسف أنه لو وقف وشرط بيع ماوقف و إبطاله صح الوقف و بطل الشرط ، وفرق بعضهم بأن الاستثناء إبطال للأول بخلاف الشرط وهو فرق غير ظاهر و يلوح لى أن هذه رواية أخرى عن أبى يوسف . وفى التتارخانية قالا فى ذلك بعدم البطلان . وقال قاسم فى فتاواه أنه المختار . وأمام اختلاف هذه النصوص تتبعت جميع ماقيل فى هذا الموضوع فاتضح لى أن تحرير مذهب الحنفية هو أن

الشرط الفاسد لا يبطل وقف المسجد إجماعاً إلا إذا كان توقيتاً له فإنه يبطله أما ماعداه و إن كان منافياً لأصل الوقف فإنه لا يبطله لأن المسجد ليس محلا للاشتراط لا فى أصله ولا فى الانتفاع به فكل شرط فيه يكون لغواً . أما غير المسجد فإن كان الشرط منافياً له ولكن لا يقتضى إبطاله بطل الشرط وصح الوقف كما لو قال أرضى هذه صدقة موقوفة أبداً لمدة شهر وسكت بطل التأقيت ولم يبطل الوقف لأن التأقيت و إن كان ينافيه لكنه لم يبطله لأنه أبده أولا ثم أقت بعد ذلك على وجه لا يقتضى بطلانه . و إن كان منافياً للوقف ومقتضياً لإبطاله بطل الشرط ، أما الوقف فإنه يفسد عند أبي يوسف ومحمد وهلال ولا يفسد فيما روى الخصاف عن أبي يوسف وعند السمني والفقيه أبي جعفر وأبي نصر وأبي القاسم ، فلو وقفه على أنه بالخيار فيه أو على أنه له الرجوع عنه أو بيعه وأخذ ثمنه لنفسه كان فى ذلك الخلاف ، وكذلك لو قال أرضى هذه صدقة موقوفة أبداً لمدة شهر على أن تكون بعده طليقة لأن تأقيت الوقف المؤبد مع النص على بطلانه بعد الوقف ينافيه ويبطله . أما إذا كان الشرط الفاسد غير مناف لأصل الوقف فإنه يلغو و يصح الوقف وعبارة الخانية يجب حملها على ما عدا المنافى الذى يقتضى البطلان ، كما يجب حمل عبارة النسفى وغيره على المنافى المقتضى للبطلان لتستقيم العبارات كلها وتتفق مع ما قرره أئمة الحنفية ومع الأصل الذى قرروه وتداوله الجميع قديماً وحديثاً[1] . وعلى كل فالراجح من المذهب بطلان الوقف بالشرط المنافى المبطل .

وقال الحطاب فى الالتزامات أن الشروط فى الوقف على ثلاثة أقسام ، الأول ما يفسد به الوقف كشرط النظر لنفسه والوقف على البنين دون البنات . الثانى مالا يفسد به الوقف ولا يلزم الوفاء به كما إذا شرط الواقف عمارة ما خرب من الوقف على المستحقين فإن الشرط يبطل و يعمر من غلته ، وكذا لو شرط

---

(١) الزيلعى ج ٤ ص ٣٢٨ ، الخانية ج ٣ ص ٣٠٤ ، ٣١٧ ، جامع الفصولين ج ٢ ص ٦ هلال ٤٨ وما بعدها ، الخصاف ٢٢ ، ٢٣ ، ١٢٦ ومابعدها ، والمبسوط ج ١٢ ص ٤٢ وغيرها من الشروح والحواشى .

ألا يبدأ بإصلاح الوقف ونفقته . الثالث ما لا يفسد به الوقف ويلزم الوفاء به وهو كثير مبسوط فى كتب الفقه[1] . و بتتبع ما جاء بالشرح الكبير وغيره من شراح مختصر خليل يعرف أن الشرط متى كان منافياً للوقف أفسده عند المالكية أما أن كان غير مناف ولكنه غير جائز شرعاً فإن الوقف يصح ويلغو الشرط .

وقد اتفق فقهاء الشافعية على أن الوقف يبطل إذا اقترن بشرط ينافيه و يناقضه أما إذا كان الشرط الفاسد لا ينافيه فقد قال السبكى أن الوقف يصح ويلغو الشرط وقال البصرى إن القلب أميل إلى ما ذهب إليه السبكى ، وقال ابن حجر إن كلامهم يدل على بطلان الوقف والشرط و إن قول السبكى بعيد[2] .

وفى الفروع وكشاف القناع من كتب الحنابلة أن الواقف لو شرط فى وقفه شرطاً فاسداً صح الوقف ولغا الشرط كما فى الشروط الفاسدة فى البيع ، نقل هذا الوجه الحارثى عن القاضى ابن عقيل كما نقل عنهما وعن غيرهما أن الوقف يبطل[3]

٢٩ — وبالمقابلة بين الراجح من مذهب أبى حنيفة وما اشتملت عليه هذه المادة يتضح أنه لم يعدل عن هذا الراجح إلا فى مسألة واحدة وهى صحة الوقف إذا اقترن بشرط مناف لأصله و يقتضى إبطاله ، وصحة الوقف فى هذه الحال قول فى مذهب الحنفية ذكر فى بعض الكتب أنه المختار للفتوى وهى أيضاً أحد وجهين فى مذهب أحمد .

(رابعاً) وقف غير المسلم

مادة ٧ — وقف غير المسلم صحيح ما لم يكن على جهة محرمة فى شريعته وفى الشريعة الإسلامية .

٣٠ — بينت هذه المادة حكم الوقف من غير المسلم بالنظر إلى الموقوف عليه ومن ناحية العقيدة فحسب ، ولم تعرض له من النواحى الأخرى فوقفه بالنسبة

---

(١) فتاوى عليش جـ ١ ص٣٠٧

(٢) الأنوار جـ ١ ص ٤٣٢ ، التحفة جـ ٢ ص ٣٢٤ ، وشرح المنهج جـ ٣ ص ٢٢٩

(٣) الفروع جـ ٢ ص ٨٦٧ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ٤٤٦

لما عدا ذلك خاضع لأحكام هـذا القانون وللأحكام الأخرى التى تطبقها المحاكم الشرعية .

ويكون وقفه من هذه الناحية باطلا فى حالة واحدة ، وهى ما إذا اتفقت شريعته والشريعة الإسلامية على أن الجهة الموقوف عليها محرمة وأنها معصية من المعاصى فتكون الإعانة عليها معصية ويكون الوقف عليها محرما لأنه إعانة على محرم ، كما لو وقف النصرانى أو اليهودى أو المجوسى على بيوت الدعارة والفجور أو على جماعة القتلة والسفاكين أو على المفسدين ، فإن وقفه يكون غير صحيح لأن أديانهم متفقة والدين الإسلامى على أن أعمال هذه البيوت وتلك الجماعات من أكبر المعاصى والخطيئات وأن إعانتها من أكبر المحرمات . أما فيما عدا هذه الحالة فإن وقفه يكون صحيحاً ، فيكون صحيحاً إذا اتفقت شريعته والشريعة الإسلامية على أن إعانة الجهة الموقوف عليها تعتبر صلة وبراً خاصاً أو قربة وخيراً عاماً دينياً أو دنيويا ، كوقف النصرانى مثلا على أولاده وذريته ، أو على عمارة بيت المقدس أو على الفقراء عامـة ، أو على فقراء أهل ملته أو فقراء أى دين أو ملة أخرى أو بلدة أو جهة معينة ، وكوقفه المستشفيات أو عليها ، ووقفه القنطرة أو السبيل . ويكون صحيحاً أيضاً إذا كان قربة فى دينه وإن كانت محرمة فى الشريعة الإسلامية، فيصح وقف النصرانى أو اليهودى لبيوت عبادتهم ويصح وقفه على الجهة التى لا حكم لها فى شريعته حلا وحرمة فتكون فى نظر هذه الشريعة مباحة بالإباحة الأصلية فلا تكون محرمة فيصح الوقف عليها وإن كانت محرمة فى الشريعة الإسلامية ويصح أيضاً إذا كانت الجهة قربة فى نظر الشريعة الإسلامية وإن كانت محرمة فى شريعته ، كبناء النصرانى للمساجد ووقفها والوقف عليها ، والوقف على الحج والجهاد وإقامة الشعائر الإسلامية .

و « غير المسلم » شامل بعمومه للذمى والمستأمن والنصرانى واليهودى والمجوسى والمشرك والوثنى والزنديق والمرتد ومن بدل دينه ، كانت له شريعة أولا ، ولكن هذا العموم غير مراد كما يدل عليه آخر المادة ، فإنه صريح فى أن الكلام

فى غير مسلم له شريعته ، فمن لا شريعة له من هؤلاء لا يكون من متناول هذه المادة ويبقى وقفه خاضعاً للأحكام الراجحة من مذهب أبى حنيفة .

وإطلاق شريعته شامل لشرائع الكتابيين وغير الكتابيين . وهذا هو المراد كما نبهت لجنة الأحوال الشخصية[1] إلى ذلك . والمراد من شريعتهم ما كان شائعاً من دينهم متفقاً عليه فيما بينهم سواء وردت به شريعتهم أم لم ترد وسواء أكان حقاً أم باطلا لكن لو شاع بينهم ما هو مخالف لشريعتهم لم يعتبر كأكل اليهود للربا وقد نهوا عنه فلا يعتبر استحلالهم لذلك أو اتفاقهم عليه ديناً لهم ولكنه فسق كما قرر ذلك فى كتب الأصول[2] .

والمراد من التحريم فى الشريعة الإسلامية أن تكون الجهة الموقوف عليها متفقاً على تحريمها فى المذاهب الإسلامية التى يعتد بها المسلمون ، فإن لم تكن محرمة إلا فى بعض المذاهب التى لا يعتد بها فى نظر جمهور المسلمين لم تعتبر محرمة فى الشريعة الإسلامية ، وكذلك لو كانت محرمة فى مذهب دون مذهب أو فى قول من مذهب دون قول آخر لم تعتبر هنا محرمة فى الشريعة الإسلامية . وهذا المعنى هو الذى يتفق مع الغاية التى قصدت من وضع هذا الحكم وتخير أحكامه من أقوال ومذاهب مختلفة ، ونص هذه المادة هو بعينه نص الفقرة الثانية من المادة ٣ من قانون الوصية وقد فسر بهذا التفسير فى تقرير لجنة العدل بمجلس الشيوخ حيث ورد به ما نصه : (والفقرة الثانية من المادة الثالثة دخلها تعديل لفظى لا يغير معناها بل يزيدها وضوحاً مع مراعاة أن المراد من التحريم فى الشريعة الإسلامية هو التحريم المتفق عليه فى المذاهب الإسلامية التى تخيرت لجنة الأحوال الشخصية من أحكامها) . ولجنة الأحوال الشخصية تخيرت من أحكام المذاهب الأربعة وسائر المذاهب الإسلامية المعتد بها ، وتفصيل ذلك فى الحلقة الأولى من هذه السلسلة ، ويظهر أثر ذلك فى وقف غير المسلم على من يقومون بطاعات

---

(١) جلسة ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ (السادسة والأربعون).

(٢) التوضيح جـ ١ ص ١٨١

أو شعائر إسلامية اختلف فقهاء المسلمين فى حل الاستئجار عليها وأجازها بعضهم واعتبرها البعض الآخر بدعة محرمة .

وجواز وقف غير المسلم على ما ليس محرماً فى شريعته ولكنه محرم فى الشريعة الإسلامية يتناول وقفه على ما هو محرم عندنا وفيه محادة للشريعة الإسلامية نفسها وصَدٌّ عن سبيل الله كوقفه على وعظ الراغبين فى الإسلام وإغرائهم بالبقاء على دينهم وعدم اعتناق الإسلام ، وعلى من يقومون بالتبشير وإغراء ضعفاء النفوس بالارتداد عن الإسلام والدخول فى دين آخر ، ولا شك أن نص هذه المادة يشمله فإن هذا غير محرم عند الواقف بل هو قربة من أعظم القرب عنده ، وقد أثيرت هذه المسألة بمجلس النواب وأجاب المقرر والحكومة بأن النص يشمل ذلك فاستنكره أحد النواب وطالب بالنص على عدم جواز الوقف على التبشير ولكنه لم يظفر بذلك . وقد قال أحد النواب : أن المعترض مُسَلِّم معنا بأن التبشير ممنوع بنص الدستور فالمسألة إذن متروكة للقضاء يحكم فيها بمقتضى النظام العام ، فأىّ وقف من هذا النوع سيبطل ، لا على أساس التشريع الحالى وإنما على أساس أنه مخالف للنظام العام — أما كون الدستور يمنع التبشير فمحل نظر ، ولا سبيل إلى القول بأن الوقف يكون باطلا لمخالفته للنظام العام مع أن التشريع الخاص ينص على جوازه . وقال آخر إن المادة الرابعة فيما أرى تحسم هذا الخلاف ولا تدع مجالا لإثارته لأنها تنص على ما يأتى « يرفض سماع الإشهاد إذا اشتمل على تصرف ممنوع أو باطل بمقتضى أحكام هذا القانون أو الأحكام الأخرى التى تطبقها المحاكم الشرعية » والواقع أن كل إشهاد يخالف النظام العام أو ما تقضى به نصوص هذا القانون أو الأحكام التى تطبقها المحاكم الشرعية يرفض سماعه بطبيعة الحال[1] . وهذا الذى ذكره لا يحسم شيئاً ، أما النظام العام فقد عرفت أمره ، والأحكام الأخرى التى تمنع سماع هذا الإشهاد لا تطبقها المحاكم الشرعية فإنها إنما تطبق من الأحكام ما لا يخالف أحكام هذا القانون ، وما دام هذا القانون قد أجاز

(١) جلسة ٢٣ يناير سنة ١٩٤٦

هذا الوقف فالحكم الذى يمنع منه لا يطبق . حقاً إن فى الأمر لبشاعة ، وإن اعتراض من اعترض وجيه وسديد ، ولكن سبب البشاعة لا يرجع إلى إجازة الوقف على التبشير بعد كونه مباحا ، بل يرجع إلى إباحته فى دولة إسلاميه دينها الرسمى هو الإسلام . ومن المؤكد أن لجنة الأحوال الشخصية لم تتنبه لهذا الأمر ولم يتجه إليه نظرها حين وضع مشروع هذا القانون وكان كل اتجاهها نحو المسائل الأخرى التى أشارت إليها المذكرة التفسيرية وليس فيها محادة للدين الأسلامى ولكن النص جاء عاما وشاملا له وأكد هذا الشمول المناقشة التى دارت بشأنه فى مجلس النواب.

٣١ — وطبقاً لنص المادة ٥٦ تطبق أحكام هذه المادة على الأوقاف الصادرة بعد العمل بهذا القانون والأوقاف الصادرة قبله ، فما كان منها باطلا أصبح صحيحاً . وجعل الريع لما لا يجوز جعله له طبقاً للراجح من مذهب أبى حنيفة ولكنه جائز بمقتضى أحكام هذه المادة أصبح صحيحاً أيضا ، وإطلاق المادة ٥٦ يقضى بأن يكون ذلك فى الحوادث السابقة واللاحقة غير أنه مقيد بما جاء فى المادة ٥٩ فقد نصت على أن أحكام هذا القانون لا تطبق إلا فيما يحدث من الغلات بعد صدوره ، فلو أن هناك غلات مجتمعة حدثت قبل صدوره ولم تصرف فى مصارفها الصحيحة إلى صدور هذا القانون عمل فيها بالراجح من مذهب أبى حنيفة لا بأحكام هذه المادة.

* * *

٣٢ — هذا هو ما اشتملت عليه هذه المادة من الأحكام أما ما يتعلق بها من أقوال الفقهاء فنجمله فيما يلى : قال الحنفية إن إسلام الواقف ليس شرطاً فى صحة الوقف فيجوز الوقف من الذمى متى توافر له شرطه . والحربى المستأمن يجوز له من الوقف ما يجوز للذمى ثم لا يبطل برجوعه إلى داره ، ولا بموته عندنا ، ولا بإبطاله إياه قبل عوده إلى داره ، ولا برجوعه إلينا ثانياً بأمان . وإطلاق القول فى المستأمن شامل للكتابى والمشرك والثنوى والوثنى والزنديق ، وهو من لا يتدين بدين ، ولم أقف فى كلامهم على ما يخالف مقتضى هذا الإطلاق . أما الذمى فإن الخصاف أثناء الكلام على وقوف أهل الذمة التزم دائماً الاقتصار على ذكر اليهود

والنصارى والمجوس ، ثم تساءل عما إذا وقف الزنديق وقفاً مما يتقرب به المسلمون وأهل الذمة ولم يرو فى وقفه شيئاً وذكر خلاف أصحابنا فيمن يتزندق من اليهود والنصارى والمجوس وأن منهم من يبقيه على ذمته ومنهم من لا يقره على الزندقة ومقتضى هذا الصنيع أن الذمى إذا كان زنديقاً أصلياً أو استبقيت له ذمته جاز منه الوقف ومن لا تستبقى له الذمة لا يجوز له الوقف ولكن هل يتفق ذلك مع جواز الوقف من الحربى المستأمن بإطلاقه المسألة محل نظر وتساءل أيضاً عن الصابئة وقال هم عند أبى حنيفة ذميون يجرى عليهم أحكام أهل الذمة وقال غيره إن كانوا دهرية فهم صنف من الزنادقة وإن كانوا يقولون بقول أهل الكتاب كانوا بمنزلتهم .

وقال فى المرتد إن أباحنيفة لايجوز أمره فى المال الذى فى يديه إن قتل على ردته أو مات وجميع مايفعله باطل وإن أبايوسف أجاز معاملته فى ماله ولكن لم يرد عنه شيء فيما يتقرب به إلى الله تعالى وإن محمداً قال إذا انتحل المرتد ديناً من أديان أهل الذمة إمّا دين النصارى أو دين اليهود أو دين المجوس فإنه يجوز له من الوقف مايجوز لأهل الدين الذى انتحله ويسلك به تلك السبيل ، أما المرتدة فقد نقل أن أباحنيفة يجيز لها الوقف.

وقال الخصاف أيضاً إن الأصل فى وقوف أهل الذمة أن ما كان وقفه أو الوقف عليه قربة عندنا وعندهم يصح وقفه والوقف عليه ، وما كان قربة عندنا فقط أو عندهم فقط لا يصح وقفه ولا الوقف عليه فيصح وقف الذمى يهودياً كان أو نصرانياً أو مجوسياً على ولده ونسله وعلى المساكين وإن سمى مساكين المسلمين لأن هذا مما يتقرب به أهل الذمة فى دينهم إلى الله ، ويصح وقفه فى أبواب البر وتكون الغلة للمساكين ولا تصرف فيما هو بر عندهم فقط ولو وقف على أكفان موتاهم ودفنهم صح وصرفت الغلة فيما أراد ، ولو جعل داره بيعة أو كنيسة أو بيت نار أو وقفها أو أرضاً له على ما ذكر أو على القسيسين والرهبان لا يجوز وقفه ولو جعل داره مسجداً للمسلمين أو وقف على الحج يكون الوقف باطلا لكونه ليس مما يتقرب به أهل الذمة إلى الله تعالى . ولو وقف على مصالح بيعة من عمارة ومرمة وإسراج وإذا خربت واستغنى عنها تكون الغلة لإسراج بيت المقدس

أو قال للفقراء والمساكين يجوز الوقف وتكون الغلة ابتداء للإسراج أو للفقراء ولا ينفق على البيعة منها شيء . ذكر الخصاف هذا الأصل ولم يرو فيه خلافاً بين الإمام وصاحبيه كالخلاف الذى بينهم فى وصايا أهل الذمة حيث يقولان فى الوصية كما قيل هنا أما أبو حنيفة فيقول أن مرد ذلك إلى ما يدين به أهل ملة الموصى لأنا أمرنا بأن نبنى أحكامهم على ما يعتقدون ، فإذا أوصى الذمى بما هو قربة عندنا وعندهم كالوصية بالصدقة والعتق والإسراج فى بيت المقدس أو بما هو قربة عندهم ومعصية عندنا كالوصية بالكنيسة أو بذبح الخنازير و إطعامها للمشركين صحت وصيته ، و إن أوصى بما هو معصية عندنا وعندهم أو بما هو قربة عندنا ومعصية عندهم كالحج و بناء المساجد وعمارتها بطلت الوصية لأنه لا قربة فيها عندهم ، لم يذكر الخصاف فى الوقف خلافاً كالذى ذكر بينهم فى الوصية ، لكن الكمال قال فى فتح القدير ، ومعلوم خلاف أبى حنيفة فى الوصية فإنه إنما شرط أن تكون قربة عندهم فقال صاحب المحيط الوقف كالوصية . ونقل عمر بن نجيم فى إجابة السائل عن الشيخ عبد البر أن الخصاف لم يذكر الخلاف فى الوقف مع أن الأصل فى الصحة عند الإمام كونه قربة عندهم ، وأن ابن وهبان قال إن صحة اشتراط الذمى حرمان ابنه من الوقف إذا أسلم مبنى على قول الإمام من أن العبرة بكونه قربة عندهم . وفى الأنقروية عن وصايا البزازية أنه لو جعل داره كنيسة كانت ميراثاً عندهم لأنه كوقف المسلم غير لازم عنده وعدم جوازه ، لما هو معصية ، عندهما . بعد هذا كله يمكننا أن نقول مطمئنين أن أبا حنيفة جار فى الوقف على أصله فى الوصية وأن المدار فيهما عنده على ما يدين به أهل ملة الواقف[1] .

والمالكية يجوزون الوقف من الكافر ، وقالوا إن الوقف على معصية لا يصح ونقل عنهم فى وقف الكافر على الكنيسة أقوال ثلاثة . البطلان لأنه معصية عندنا وهم مخاطبون بفروع الشريعة على ما هو المذهب . والصحة مطلقاً . والتفصيل

(١) الخصاف ص ٣٣٥ — ٣٤٢ ، ٣٥٢ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٣٨ ، الأنقروية جـ ١ ص ٢٣٩ إجابة السائل ص ٤٦

بين أن يكون على عبادها فيبطل وأن يكون على مرمتها أو جرحاها أو مرضاها فيصح والأول هو المعتمد والأخير ضعيف . فالقول بالصحة مبنى على القول بأنهم غير مخاطبين بفروع الشريعة فلا يحكم على ماهو معصية عندنا بأنه معصية بالنسبة لهم فلا يبطل الوقف وبهذا يظهر أنهم متفقون على أن المُراعَى فى المعصية كونها معصية بالنسبة للواقف . وقالوا أيضاً ببطلان وقف الكافر على مسجد من مساجد المسلمين أو على رباط أو قربة من القرب الدينية أما لو كان فى منفعة عامة دنيوية كبناء القناطر ففى رده نظر والأظهر أنه إن لم يحتج إليه رد . وقال العدوى إن عبارة خليل تقتضى الصحة وهو ماصرح به بعض الشراح[1] .

وقال الشافعية إذا وقف مسلم أوذمى على جهة معصية كعمارة الكنائس وترميمها أو إسراجها أو كتابة نحو التوراة كان الوقف باطلا لأنه أعانه على معصية، وعلى جهة قربة كالفقراء والعلماء والمساجد والمدارس والكعبة والقناطر وتجهيز الموتى صح الوقف[2] فما يصح عندهم من المسلم يصح من غيره وما لا يصح منه لا يصح من غيره .

وقال الحنابلة يصح الوقف من المسلم والذمى على وجوه البر كالأقارب والفقراء والغزاة والعلماء والمتعلمين والحج والغزو والسقايات والقناطر وإصلاح الطرق والمساجد والبيمارستانات وكتابة القرآن والفقه والعلم . ولا يصح الوقف من مسلم ولا ذمى على معصية فلا يصح على كنائس وبيوت نار وبيع وصوامع وديورة ومصالحها وكتابة التوراة والإنجيل[3] فمايصح من المسلم يصح منه وما لا يصح من المسلم لا يصح منه .

وقال الإمامية بجواز وقف الكافر على البيع والكنائس وبيوت النار وعلى كتابة مايسمى الآن بالتوراة والإنجيل وقال صاحب جواهر الكلام بعد أن ذكر الجواز إن من فقهائهم من ادعى الإجماع عليه وإن رفع أفتى بالجواز وقال أن فيه وجهاً آخر وعلى كل حال فالمعروف الأول إقراراً لهم على دينهم[4] .

---

(١) الخرشى وحاشية العدوى جـ ٥ ص ٨٢ (٢) تحفة المحتاج جـ ٢ ص ٣١٩
(٣) كشاف القناع جـ ٢ ص ٤٤٣ (٤) جـ ٦٣٢

٣٣ — وبالمقابلة يتضح أن القانون قد عدل عن الراجح من مذهب أبى حنيفة إلى الأخذ بصحة وقف غير المسلم إذا كان على ما هو قربة عند أهل ملته ومعصية عندنا أو على ما هو قربة عندنا ومعصية عندهم ، وقد دعا إلى ذلك شكوى غير المسلمين من قسوة هذا الحكم بالنسبة لأوقافهم على الكنائس والمعابد وأشباهها كما أن بعض الأثرياء من غير المسلمين يبنون فى أملاكهم مساجد ليصلى فيها الزراع وغيرهم ومن المصلحة الاجتماعية ألا ترد مثل هذه الأوقاف ، لذلك اختار المشروع الأخذ بهذه الأحكام .

وصحة الوقف منه على غير القرب الدينية وبطلانه على الجهة المحرمة فى شريعته وفى الشريعة الإسلامية استبقاء للتشريع الأصلى وهو أمر وفاقى بين المذاهب الإسلامية اللهم إلا تردد من بعض فقهاء المالكية فى الوقف على المنافع العامة الدنيوية . وصحة الوقف منه على ما هو قربة عنده ومعصية عندنا قول أبى حنيفة نفسه أو على الأقل قياس قوله كما قاله صاحب المحيط وغيره ، وهو أحد الأقوال فى مذهب المالكية والمعتمد من مذهب الأمامية . ولكن هل يشمل هذا ما إذا كان فى القربة عنده محادة للإسلام نفسه ؟! المسألة محل نظر قوى .

وصحة الوقف على ماهو قربة عندنا ومعصية عندهم مذهب الشافعية والحنابلة .

خامساً — وقف المنقول والمشاع (١)

مادة ٨ — يجوز وقف العقار والمنقول .

ولا يجوز وقف الحصة الشائعة فى عقار غير قابل للقسمة إلا إذا كان الباقى منه موقوفاً ، واتحدت الجهة الموقوف عليها ، أو كانت الحصة مخصصة لمنفعة عين موقوفة .

---

(١) يقال شاع اللبن فى الماء إذا تفرق وامتزج به ، ومنه قيل سهم مشاع وشائع أى غير مقوم كأنه ممتزج لعدم تميزه .

ويجوز وقف حصص وأسهم شركات الأموال المستغلة استغلالا جائزاً شرعاً .

٣٤ — تناولت هذه المادة مسألتين من مسائل الموقوف :

إحداهما جواز وقف العقار والمنقول ؛ فى الصحاح والمصباح والمختار والقاموس والمغرب أن العقار يطلق على الضيعة ، والأرض والنخل ، وكل ملك ثابت له أصل كالدار والضيعة ، وقد يطلق العقار أيضاً على متاع البيت وأداته ، ويطلق أيضاً على نضده الذى لا يبتذل إلا فى الأعياد ونحوها ، وأن الضيعة هى الأرض المغلة ، وقال الأزهرى الضيعة عند الحاضرة ، النخل والكرم والأرض ، والعرب لا تعرف الضيعة إلا الحرفة والصنعة . هذا هو ما قيل فى معنى العقار لغة ، وصنيع الخصاف فى كتاب الوقف يفهم منه أنه أطلق العقار وأراد منه ما يشمل الضياع والدور ولا يشمل الأرض القراح ، ولكن القدورى وصاحب الهداية ، استعملا كلمة العقار فى مقابلة المنقول ، ولذا قال الكمال فى فتح القدير أن العقار هو الأرض مبنية كانت أوغير مبنية ،وهذا هو المعنى السائد فى عرف الفقهاء من أزمان متطاولة .

والمنقول هو ما ينقل ويحول ، أى يمكن نقله من مكان إلى آخر ويمكن تحويله من هيئة إلى أخرى ، وكل ما عدا الأرض منقول ، فهو يشمل البناء والغراس القائمين وكل ما يتصل بالأرض اتصالا يراد به القرار ، ويشمل جميع المثليات وهى المكيلات والموزونات والعدديات والمزروعات وجميع القيميات كالحيوانات والعروض كالثياب والمتاع ، ويشمل النقود المضروبة من الذهب والفضة وما فى حكمها من الفلوس وأوراق النقد التى تعتبر فى حكم الفلوس الرائجة .

وقد أجيز وقف العقار والمنقول بإطلاق فتناول وقف ذلك قصداً واستقلالا ووقف ذلك تبعاً لغيره بالنص عليه أو بدخوله فى الوقف تبعاً من غير حاجة إلى نص وأطلق العقار فتناول ما تعلق به حق الغير وما لم يتعلق به وتناول ما هو تحت يد الواقف وما ليس تحت يده والشائع وغيره مع مراعاة الاستثناء الوارد بالفقرة الثانية

وأطلق المنقول فتناول البناء والغراس وإن كانا بأرض مملوكة ولم يكن لهما حق البقاء والقرار على الدوام ، وتناول ما جرى العرف بوقفه وما لم يجر بوقفه عرف ، وما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالثياب والحيوان وأشباهها وما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كالطعام والنقد والبذر ، كما تناول بهذا الإطلاق الشائع وغير الشائع، فكل أولئك قد أجاز هذا القانون وقفه .

وقد اقتصر على ذكر الأعيان (العقار والمنقول) ولم يتعرض للمنافع ومنها حقوق الارتفاق فبقى حكم وقفها خاضعاً لأحكام مذهب الحنفية ، وقد أرجأت لجنة الأحوال الشخصية النظر فى شأنها حتى تبحث مع الأحكار وذلك ما لم يكن حتى الآن .

٣٥ — والمسألة الثانية هى وقف الحصة الشائعة ، وقد أسلفنا أن إطلاق القانون يقضى بصحة وقف الحصة الشائعة فى المنقول ، كان مما يحتمل القسمة أو مما لا يحتملها ، ووقف الحصة الشائعة فى عقار يحتمل القسمة ، أما وقف الحصة الشائعة فى عقار غير قابل للقسمة فقد نص على أنه لا يجوز أى أنه يكون وقفاً غير صحيح إلا فى الأحوال الآتية .

وكما لا يصح وقف هذه الحصة ابتداء حين إيجاب الوقف وإنشائه ، لا يصح وقفها أيضاً من طريق الاستبدال ، فلا يصح أن يشترى بمال البدل لجهة الوقف حصة شائعة فى عقار غير قابل للقسمة ، فإنها بهذا الشراء تصير موقوفة على الوجه الوارد بعقدة الوقف ، وهى وإن لم تحتج إلى وقف جديد قد صرح الفقهاء بأن شراءها وقف لها ، وحكمة التشريع تعين أن هذا هو المراد وأنه كما لا يجوز وقف الحصة الشائعة إنشاء لا يجوز وقفها من طريق الاستبدال .

وواضح من نص المادة أن عدم الجواز منصب على ورود الوقف على حصة شائعة أى أن الشيوع الذى يمنع من صحة الوقف هو الشيوع المقارن لإنشاء وقف العين ، أما الشيوع الطارئ فإنه لا يقتضى بطلانه ، فلو أنه وقف عقاراً غير قابل للقسمة ثم بطل الوقف فى جزء شائع فيه فلا يبطل وقف باقيها بسبب الشيوع

الطارىء ، فلو أن المريض مرض الموت وقف عقاراً غير قابل للقسمة وكان لا يخرج من ثلث ماله ولم يجز الورثة و بطل الوقف فيما زاد على الثلث لا يبطل وقف ما صح الوقف فيه بسبب الشيوع الطارىء ، أما إذا استحق جزء منه فإن الوقف يبطل لظهور أن الشيوع كان مقارناً .

وقد أنيط عدم الجواز بعدم قابلية العقار للقسمة ، ولم يبين القانون ما يحتملها وما لا يحتملها ولمعرفة ذلك يجب الرجوع إلى مذهب الحنفية ، وقد قال زين الدين قاسم بن قطلوبغا فى رسالته « مسائل الشيوع »[1] . الشائع ينقسم إلى قسمين ، شائع يحتمل القسمة كنصف الدار ونصف البيت الكبير ، وشائع لا يحتمل القسمة كنصف العبد ونصف الحمام ونصف الثوب ونصف البيت الصغير ، والفاصل بين القسمين حرف واحد ، وهو أن تنظر ، لو أن العين كانت بين اثنين فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فإن أجبره القاضى على القسمة كان من القسم الأول ، وإن لم يجبره كان من القسم الثانى إذ الجبر على الفعل فى محل آية قبول المحل لذلك الفعل . وفى المبسوط والبدائع والعناية[2] أن الأصل فى هذا أن الجبر على القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبقى نصيب كل منهما منتفعاً به انتفاع ذلك الجنس ، فإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم ، وإن كان ينتفع به أحدهم ويستضر به الآخر لقلة نصيبه فإن طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم لأن الأول ينتفع به فيعتبر طلبه والثانى متعنت فى طلبه فلم يعتبر ، وذكر الجصاص عكس هذا لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه ، وفى مختصر الحاكم الشهيد أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضى ، والقول الأول هو الأصح ، وإن كان كل واحد منهما يلحقه الضرر لصغر نصيبه لم يقسمها إلا بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضى فيعتمد الظاهر . وإذا كان طريق بين قوم أن اقتسموه لم يكن لبعضهم

---

(١) النسخة الخطية رقم (٢١٥٢ فقه حنفى) بدار الكتب المصرية

(٢) المبسوط ج ١٥ ص ١ — ٥ ، البدائع ج ٧ ص ١٩ — ٢٢ ، العناية ج ٨ ص ١٠ — ١٤

طريق ولا منفذ فأراد بعضهم قسمته لم يقسم لما فى القسمة من الضرر على بعض الشركاء بقطع منفعة ملكه عنه ويستوى فى ذلك ما إذا أبى صاحب الكثير أو صاحب القليل لأنه كان لكل منهم حق التطرق إلى ملكه فى هذا الطريق قبل القسمة وصاحب القليل مستوف ذلك مع صاحب الكثير وفى القسمة تفويت هذا الحق عليه بخلاف البيت فهناك الانتفاع بعين البيت وصاحب الكثير لا يستوى وصاحب القليل فى ذلك وانقطاع المنفعة عنه لقلة نصيبه ليس بسبب القسمة وإن كان يكون لكل منهم طريق نافذ قسم جبراً ، وإن لم يكن لواحد منهم ممر ولكنه يقدر على أن يفتح فى منزله بابا ويجعل طريقه من وجه آخر قسم الطريق جبراً لأنه لا ضرر على أحد منهم فى القسمة فكل واحد منهم يتمكن من التطرق إلى ملكه من جانب آخر ولا فرق فى حقه بين التطرق من هذا الجانب وبينه من الجانب الآخر ، وحكم المسيل كحكم الطريق وإن كانت حانوت فى السوق يبيعان فيها أو يعملان بأيديهما فأراد أحدهما القسمة فإن كان يصيب كل واحد منهما موضع يعمل فيه قسم بينهما وإن كان لا يصيبه ذلك لم يقسم لمعنى الضرر . وكل شىء يحتاج فى قسمته إلى كسر أو قطع لا يقسم جبراً ، ويقسم بالتراضى فإذا كانت خشبة أو باب أو رحاء أو دابة أو كتاب أو لؤلؤة أو بئر أو عين أو قناة أو نهر بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها لم تقسم لأنها لا تحتمل القسمة من غير ضرر ، والولد فى البطن لا تجوز قسمته بين الشركاء لا جبراً ولا بالتراضى لأن المقصود من القسمة الحيازة وهى غير مقصودة بالنظر لما فى البطن . وإن كان زرع الحنطة لشركاء فى أرض لغيرهم وقد أدرك فلا يقسم قبل الحصاد لا بالتراضى ولا بغير التراضى لأن الحنطة من أموال الربا فلا تجوز قسمتها مجازفة ولا تكون إلا بالكيل وذلك لا يمكن قبل الحصاد ، وإن أوصى بصوف على ظهر غنمه فأراد قسمته قبل الجزّ لم تجز لأنه من أموال الربا فلا يقسم إلا بالوزن وذلك قبل الجز غير ممكن ، ولو كانت أرض بين رجلين فأرادا أن يقتسما زرعها دون الأرض لم يجز ذلك إن اشترطا تركه فى الأرض إلى وقت الإدراك لأنه شرط فاسد لا يجوز

فى القسمة كما لا يجوز فى البيع ، كذلك الحكم فى طلع النخل .

ومن هذا يتضح أن المراد بعدم القبول للقسمة عدم قبولها جبرا ، وأن العين لا تقبل القسمة جبراً فى الوجوه الآتية وإن كانت تقبل القسمة فى بعضها بالتراضى :

١ — إذا لم تكن الحيازة، وهى المقصود من القسمة، مقصودة كقسمة ما فى البطن

٢ — إذا لم يكن فى القسمة ضرر ولكن يترتب عليها محظور شرعى كقسمة المال الربوى جزافاً وكالعمل بالشرط الفاسد وهو بمنزلة الربا .

٣ — أن يترتب عليها ضرر آت من قبل القسمة نفسها ولا يمكن دفعه من طريق آخر فإذا لم يكن الضرر آتياً من نفس القسمة ، كما فى طلب صاحب الكثير فى البيت قسمته ، أو كان يمكن دفع الضرر من طريق آخر كما ذكر فى مسألة الطريق والمسيل فلا تمتنع القسمة . والمراد بالضرر تفويت جنس المنفعة التى كان ينتفع بها قبل القسمة .

٤ — ألا يكون طالب القسمة متعسفاً فى طلبها وإن لم يكن منها ضرر على الشريك كما فى طلب صاحب القليل قسمة البيت ، فالذى منع منها هو التعسف لا الضرر فإنه عائد على الطالب وحده .

وواضح أن الذى يكون فى العقار هو الوجهان الأخيران فقط .

٣٦ — وقد استثنى القانون من هذا الحكم الأحوال الآتية :

أولا : أن يكون الباقى من العقار الذى لا يقبل القسمة موقوفاً على الجهة التى وقفت عليها الحصة الشائعة فيه ، ويستوى فى ذلك ما إذا كان هذا الباقي موقوفاً من قبل أو صدر وقفه مع وقف هذه الحصة ، فلو كانت دار لا تقبل القسمة مشتركة بين رجلين فوقفاها معاً على مصالح المسجد أو على مدرسة أو على جهة أخرى كأولاد أحدهما أو أولاد غيرهما صح الوقف ، وكذلك يصح لو أن أحدهما كان قد وقف نصيبه قبل العمل بهذا القانون على جهة معينة ثم وقف شريكه نصيبه بعد العمل به على هذه الجهة نفسها ، أما لو وقفاها معاً على جهتين مختلفتين أو وقفاها بعد العمل بهذا القانون متعاقبين على جهة واحدة أو وقف أحدهما نصيبه

ولم يقف الآخر أو كانت لواحد فوقف بعضها وأبقى البعض الآخر ملكا أو وقف بعضها على جهة والبعض الآخر على جهة أخرى فالوقف باطل فى هذه الحصة فلا عبرة باتحاد الموقوف عليه مآلا إذا لم يكن متحداً حين وقف هذه الحصة ، فمن وقف نصف داره التى لا تقبل القسمة على مسجد قريته ثم على الفقراء والنصف الآخر على أناس سماهم وبعد انقراضهم يصرف ريع هذا النصف فى مصرف النصف الآخر كان وقفه هذه الدار جميعها غير صحيح لعدم اتحاد الجهة حين الوقف ، وإذا توافر هذان الشرطان صح الوقف ، اتحد الواقف أو تعدد ، اتحد الناظر أم تعدد .

٣٧ — ثانياً : أن تكون الحصة الشائعة مخصصة لمنفعة عين موقوفة ، أى مرتبة لخدمة العين ومخصصة لتكون مرفقاً لها ، ولا يراد أى منفعة أخرى وإن لم تكن خدمة ولو تفاقا ، فمن له حصة شائعة فى ساقية أو فى أرض وآلة رى ثابتة مقامة عليها أو فى ترعة خاصة أو فى مصرف أو فى مخزن للحاصلات لا يقبل القسمة فوقف هذه الحصة وألحقها بأرض موقوفة لتكون مرفقاً لها أو كانت له حصة شائعة فى طريق خاص لا يقبل القسمة يؤدى إلى دار موقوفة أو فى أرض لا تقبل القسمة متصلة بهذه الدار فوقفها وألحقها بوقف هذه الدار لتكون مرفقاً من مرافقها صح وقفها وإن كان باقيها غير موقوف أو كان موقوفاً على جهة أخرى ، وكذلك يكون الحال لو اشتريت هذه الحصة من مالكها بمال بدل لتؤدى هذه الخدمة . أما من وقف حصة له شائعة فى عقار لا يقبل القسمة لعمارة المساجد أو المقابر أو شرط صرف ريعها فى عمارة أعيان أخرى موقوفة ولم يكن باقيها موقوفاً على هذه الجهة فإن وقفه يكون غير صحيح وإن كانت هذه الحصة قد خصصت لمنفعة أعيان أخرى موقوفة ولكنها ليست منفعة خدمة وارتفاق . وقد أثيرت بمجلس الشيوخ مناقشة حول كلمة «منفعة» واقترح أن يستبدل بها كلمة «ارتفاق» لأن الكلمة الأولى تؤدى معنى أوسع من المعنى الذى تشير إليه المذكرة التفسيرية وتقرير لجنة العدل ، وبعد المناقشة قال وزير العدل إننا متفقون على المعنى

وهو الخدمة وانتهت بذلك المناقشة فاكتفى المقترح والمجلس بهذا وأبقيت الكلمة على أن هذا هو المراد منها .

٣٨ — ثالثاً — وقف حصص وأسهم شركات الأموال المستغلة استغلالا جائزاً شرعا .

يقول فقهاء الحنفية أن الشركة نوعان . أحدهما شركة ملك ، وهى عبارة عن تملك اثنين فأكثر عينا أو دينا من طريق الإرث أو الشراء أو الهبة أو الصدقة أو الوصية أو نحو ذلك ويكون كل منهما أجنبيا فى نصيب صاحبه ممنوعا من التصرف فيه ، وثانيهما شركة العقد وهى شركة يراد بها الربح ، وهى إما شركة بالأموال بأن يتعاقد اثنان أو أكثر على أن يكون لكل من الشريكين أو الشركاء قسط من رأس المال معين ويكون الكل بأيديهم يشترون ويبيعون جميعاً وشتى وما يكون من ربح أو وضيعة أو تبعة فهو بينهما على قدر رؤوس أموالهما . أو شركة بالأعمال وتسمى أيضاً شركة الصنائع وشركة الأبدان وشركة التقبل ، وهى أن يتفق صانعان ولو حكما اتحد عملهما أو اختلف بشرط أن يكون عملا حلالا يمكن استحقاقه، على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما على المقادير التى يحددانها كشركة الخياطين أو الصباغين أو الحمالين أو المعلمين . أو شركة وجوه، وهى أن يشتركا بلا مال على أن يشتريا بوجوههما نسيئة ويبيعا ويكون الربح بينهما على ما يتفقان عليه . وكل من الأنواع الثلاثة يكون مفاوضة وعنانا ،وأظهر ما يتفقان فيه أن فى كل منهما معنى الوكالة فكل شريك وكيل عن الآخر فى التصرف ، وأظهر ما يختلفان فيه الكفالة ، ففى المفاوضة كل منهما كفيل لصاحبه أما فى العنان فلا . وهناك شركات عقد أخرى هى المضاربة والمزارعة والمساقاة وقد اختصت بهذه الأسماء لأن الشركة فيها ليست شركة فى الأصل وانما هى شركة فى الربح فقط أما الأصل من رأس مال أو أرض أو شجر فهو ملك لواحد والآخر أجير له بسهم معين من الربح فالشركة الناشئة فى الربح هى فى الحقيقة أشبه شىء بشركة الملك لا بشركة العقد ، بخلاف أنواع الشركة الثلاثة فالأصل فيها من مال أو عمل أو جاه مشترك

وعلى أساسه تكون الشركة فى الربح . وعقد الشركة عقد غير لازم ينفرد كل من الشركاء بفسخه ولا يتم الفسخ إلا بحضرة باقى الشركاء أو بعلمهم . ومما تبطل به الشركة موت أحد الشركاء علم بذلك بقية الشركاء أو لم يعلموا ، وللشركة بوجه عام ولكل نوع منها شروط وأحكام مفصلة لاحاجة بنا إلى ذكرها هنا . وقال الشافعى إن شركة الأعمال وشركة الوجوه غير جائزتين أصلا وأما شركة الأموال فيجوز منها العنان دون المفاوضة وقال مالك لا أعرف المفاوضة يعنى بذلك عدم جوازها ومن أصحابه من قال بجوازها[1] . ومما تقدم يفهم أن الشركة فى نظرهم شركة أشخاص بالمعنى القانونى الذى سيأتى بيانه وأقوالهم واضحة فى أن كلا من الشركاء مالك لحصته من مال الشركة عقاراً كان أو منقولا وأنهم لا يعتبرون الشركة شخصاً معنوياً هو الذى يملك أموال الشركة دون الشركاء كما يقول بذلك فقهاء القانون الوضعى .

وفقهاء القانون المدنى والتجارى اختصوا باسم الشركة شركة العقد أما مايسميه فقهاء الشريعة الإسلامية شركة الملك فيسمونه الملك على الشيوع ، ويقولون : إن الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع اقتصادى بتقديم حصته من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة . ولا بد أن يكون الغرض من الشركة استغلال رأس المال لقصد الكسب وبذلك تميزت عن الجمعيات وعن الملك على الشيوع . ولا بد أن يكون لما يقدمه الشريك لتكوين رأس مال الشركة قيمة مالية أما النفوذ الأدبى أو السياسى فلا يعتبر حصة ولا يقبل من الشريك أما عمله فيعتبر حصة ، مادياً كان أو يدوياً أو فكرياً ما دامت له قيمة مالية . ومن مجموع ما يقدمه الشركاء يتكون رأس مال الشركة وهو غير مملوك لأحدهم لا كله ولا بعضه وليس مملوكا لهم جميعاً على الشيوع وإنما هو مملوك للشركة باعتبارها شخصاً مستقلا وقائماً بذاته فما يقدمه الشريك يخرج من ملكه ويصبح مملوكا للشركة ولا يكون له بعد ذلك

(١) البدائع جـ ٦ ص ٥٦ — ٧٩ ، فتح القدير جـ ٥ ص ١ — ٣٧ ، البحر جـ ٥ ص ١٧٩ — ٢٠٢

إلا مجرد حق فى نسبة معينة من الأرباح أونصيب فى رأس المال عند قسمة الشركة وبذلك تعتبر حصته فى الشركة من المنقولات ولو كان رأس مالها يشتمل على عقارات. وهم يقسمون الشركات إلى تجارية ومدنية والحد الفاصل بينهما هو نوع العمل الذى تكونت الشركة لقصد القيام به فإن كان القانون يعتبره عملا تجارياً كانت الشركة تجارية وإلا فهى مدنية ، ومن المدنية الشركة التى تقوم بأعمال الصناعة الاستخراجية كاستغلال المناجم أو فلاحة الأراضى وإدارتها ، والشركات التى تقوم بشراء وبيع العقارات. ويقسمونها أيضاً إلى شركات أشخاص وشركات أموال. وشركات الأشخاص، وتسمى أيضاً شركات الحصص وشركات بالحصص هى التى يكون الاعتبار الأول فيها لشخصية الشركاء وللثقة المتبادلة بينهم ولذلك تبطل إذا حصل خطأ فى أحد الشركاء ويجب حلها إذا توفى أو أفلس أحدهم أو انفصل لمن الشركة لانعدام الثقة فى كل هذه الأحوال. ونصيب الشريك الذى يقدمه لرأس مال هذه الشركات يسمى حصة ، ومن مميزات الحصص أنه لايشترط فيها التساوى وأنها غير قابلة للتنازل، ومن مميزات شركات الأشخاص أن المسئولية فيها ليست محدودة بمقدار الحصص فى رأس المال ، فقد يكون الشركاء جميعاً مسئولين عن جميع ديون الشركة حتى فى أموالهم الخاصة كما فى شركة التضامن ، وقد يكونون طائفتين طائفة مسئولة بالتضامن وطائفة محدودة المسئولية كما فى شركة التوصية بالحصص ، وقد يكون واحد فقط هو المسئول مسئولية غير محدودة لأنه يتعامل باسمه وباعتباره الشخص الظاهر ، أما بقية الشركاء فلا مسئولية عليهم أمام الغير كما هو الحال فى شركة المحاصة . أما شركات الأموال فإنها لا تقوم على الثقة المتبادلة بين الشركاء بل يجمع رأس مالها بطريق تقسيمه إلى أسهم تعرض فى السوق ليسهل على الجمهور اقتناؤها بالاكتتاب فيها وكل من اكتتب ولو فى سهم واحد من أسهمها أصبح شريكا أى مساهما وعضواً فيها ، والأصل فى هذه الشركات أن مسئولية الشركاء فيها محدودة بقيمة مايكتتبون فيه من الأسهم وذلك بالنسبة لجميع المساهمين فى شركة المساهمة . أما شركة التوصية بالأسهم فالشركاء فيها

طائفتان ، طائفة غير محدودة المسئولية وطائفة محدودة المسئولية كما فى شركة المساهمة ، ومن مميزات شركات الأموال أنه لايؤثر فيها موت الشريك ولا إفلاسه وأن نصيب الشريك فى رأس المال يسمى سهما لاحصة حتى فى شركة التوصية بالأسهم ، والسهم جزء من أجزاء متساوية من رأس مال الشركة يقدمه المساهم فى مقابل اشتراكه فيها ويدفعه كله أو بعضه للمؤسسين مع التعهد بدفع الباقى للشركة بعد تأسيسها بناء على طلبها وفى المواعيد التى يحددها قانونها النظامى . ومتى دفع المساهم كل قيمة السهم أعطى له المؤسسون شهادة نهائية أو سنداً يثبت ملكيته للسهم ودفع قيمته كاملة ، وسند السهم يجوز أن يكون فى صورة سند لحامله ويجوز أن يكون فى صورة سند اسمى (أى محرر باسم صاحبه) ، وسند السهم ليس إلا دليلا على ملكية المساهم له ، غير أن العادة التجارية والدواعى الاقتصادية قضت بأن يندمج الحق فى الورقة المثبتة له بحيث تصبح فى نفسها سلعة تباع وتشترى كأية سلعة أخرى ، وقد تتخذ لها سعراً مستقلا عن قيمة الحق الذى تثبته قد يزيد وينقص تبعا لنجاح الشركة أو فشلها أو بتأثير عوامل سياسية أو اقتصادية أو غيرها . وتمتاز الأسهم بتساوى القيمة ، والمسئولية المحدودة ، وجواز التنازل عن السهم بدون رضاء باقى المساهمين ، وقابليته للتداول كالأوراق التجارية أو للتحويل بالطرق المدنية ، ومجموع هذه المميزات هو الفارق الذى يفرق بين السهم والحصة فيما ذهب إليه فريق من الكتاب وقال المرحوم الدكتور الزينى أنه هو الرأى الصحيح فى نظره ومما هو جدير بالإشارة إليه أن الدكتور ذهنى جرى على أن الحصة تطلق على ماللشريك فى الشركة أى شركة وأن هذه الحصة تسمى فى شركة الأموال «سهماً» وفى شركة الأشخاص «نصيباً» أما الدكتور الزينى فانه يطلق على حظ الشريك فى شركة الأشخاص اسم «الحصة» وفى شركة الأموال اسم «السهم» (١) .

هذا هو اصطلاح كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون الوضعى

---

(١) أصول القانون التجارى للدكتور الزينى (المجلد الثانى من الجزء الأول) ، كتاب الأموال للدكتور ذهنى .

فى هذه المسألة و بمجرد المقابلة بينهما يظهر الفرق جلياً بدون حاجة إلى إيضاح .

والمراد من « شركات الأموال » الواردة فى هـذه الفقرة شركات الأموال بالمعنى الذى ذكره فقهاء الشريعة الإسلامية وهى إحـدى أنواع ما يطلقون عليه اسم شركة العقـد ، فهى غـير شاملة لما يطلق الفقهاء عليه اسم شركة الملك ، إذ لو شملت ذلك لأدى هـذا إلى جواز وقف الحصة الشائعة فى عقار للواقف شريك فيه وعـدم جوازها إذا كان العقار كله ملـكا للواقف مع أن الأسباب التى دعت إلى منع ذلك متحققة فى كل منهما بل هى فى الحالة الأولى أظهر ، ويؤكد هذا أنه استعمل فى جانبها كلمتا « حصص وأسهم » وهما كلمتان قانونيتان لا تستعملان فى الاصطلاح التشريعى إلا بجانب الشركات التى يطلق عليها الفقهاء اسم شركة العقد ، كما أنها وصفت بأنها « مستغلة » وشركة الملك فى الاصطلاح الفقهى ليست شركة ربح واستغلال وهـذا هو الحد الفاصل بينها و بين شركة العقـد فى عرف الفقهاء . فاتضح من هذا أن وقف الشريك حصته فى شركة الملك الفقهية لا يطبق عليه حكم هذه الفقرة و إنما يطبق عليه حكم الفقرة التى قبلها ، وهى أيضاً غير شاملة لشركات المضاربة والمزارعة والمساقاه لأن كلا منها لا يطلق عليه فى الاصطلاح اسم شركة لأن أحـد المتعاقدين لا شركة له فى الأصل ، والشركة فى الثمرة الناتجة من الأصل لا يراد بها الربح والاستغلال ، فنصيب الشريك فيها يخضع وقفه لحكم الفقرة الثانية . وهى غـير شاملة أيضاً لشركات الأعمال والوجوه بالمعنى الفقهى إذ لا يوجد أصل مالى فيـه شركة فوقف الشريك فيهما نصيبه من الربح يخضع لحكم الفقرة الثانية أيضـاً لأن الشركة فيـه شركة ملك لا شركة عقد . وشركات الأموال هنـا ، شامـلة للشركات المدنيـة ، والتجارية ، كانت شركات أشخـاص أو شركات أموال ، ولا يراد منها شركات الأموال فى الاصطلاح القانونى فحسب بقرينة أنه قد جمع فى الفقرة بين كلمتى « حصص » التى تستعمل قانوناً فى شركات الأشخاص فحسب و « أسهم » التى تسـتعمل كذلك فى شركات الأموال فحسب ، ولا يطلق على نصيب الشريك فى شركة

الأشخاص اسم السهم ولا على نصيبه فى شركة الأموال اسم الحصة .

وقد روعى فى تقرير هذا الحكم طريقة فقهاء الشريعة الإسلامية من اعتبار الشريك مالكا لنصيبه من رأس مال الشركة وجميع أموالها منقولة كانت أو عقاراً ولم يراع المعنى الوضعى من اعتبار الشركة شخصاً قانونياً هو المالك وأن الشريك لا يملك إلا الحق الذى سبق بيانه وأنه لذلك يعتبر دائماً منقولا وإن اشتملت أموال الشركة على العقار ، ولذلك جعل أوّلاً استثناء ثالثاً من عدم جواز الوقف للحصة الشائعة فى عقار لا يقبل القسمة ولولا مراعاة ذلك لأغنت عنه الفقرة الأولى من المادة وكان إيراده تزيّداً لا فائدة منه ، ولما عرض المشروع لأول مرة على مجلس الشيوخ دارت حول ذلك مناقشة طويلة وكان القائمون بها من رجال القانون الذين يفهمون أن الحصص والأسهم تعتبر منقولا ، وعرض رئيس المجلس مراعاة لهذا المعنى ألا يكون هذا الحكم من المستثنيات وأن يجعل فقرة مستقلة ، ولكن وزير العدل بادر بالإشارة إلى المعنى الشرعى والسبب الذى دعا إلى الاستثناء ولم يقر المعنى الذى أشار إليه رئيس المجلس وارتضى وضع الفقرة مستقلة ولكنه قال ولهذا لا نتصدى للخلاف هل الحصص والأسهم تعتبر منقولا أم لا[(١)] . ولما استرد المشروع استبقى هذا النص على حاله اتقاء للجدل فيما بعد ولكن المعنى المراد أبرز فى المذكرة التفسيرية بغاية الوضوح حيث جاء فيها : ويخرج من جواز وقف العقار والمنقول استقلالا صحة وقف حصص وأسهم شركات الأموال فإنها تمثل قسما من هذه الأموال التى قد تكون عقاراً أو منقولا أو خليطاً من العقار والمنقول ولكن نظام الشركات لا يسمح بالقسمة فهى معتبرة مما لا يقبل القسمة ولذلك عنى المشروع بالنص على جواز وقفها .

وقد اشترط فى جواز وقفها أن تكون حصصا وأسهما فى شركات تستغل أموالها استغلالا جائزاً شرعا كالشركات التجارية والصناعية والزراعية فإن الغرض الأساسى من تكوينها استغلال أموالها بطريقة تقرها الشريعة الإسلامية . نعم قد

---

(١) جلسة ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤

تضطر فى بعض الأحيان إلى الاستقراض و إصدار سندات بهذا القرض ولكن ذلك و إن كان غير جائز شرعا عمل طارىء لا يعتبر الغرض الأساسى للشركة .

أما إذا كانت الشركة تستغل أموالها استغلالا غير جائز شرعاً فلا يصح وقف حصصها أو أسهمها كالبنوك فإنها تكونت بقصد استغلال أموالها من طريق الأقراض نظير الربا المحرم شرعاً وكشركات التأمين فإنها تستثمر أموالها من طريق المخاطرة المعتبرة من أنواع القمار المحرم شرعا .

ولم يرد بهذه الفقرة ذكر للسندات لأنها تمثل قسما من قرض كل ثمرته هى الربا فهى من الأموال المستغلة استغلالا غير جائز شرعا .

٣٩ — وطبقاً للمادة ٥٦ لا تسرى أحكام هذه المادة على الأوقاف الصادرة قبل العمل بهذا القانون ، مات واقفوها قبل العمل به أو كانوا أحياء ، فإذا اشتملت هذه الأوقاف على مالا يجوز وقفه بمقتضى أحكام هذه المادة ولكن وقفه كان جائزاً بمقتضى الأحكام المعمول بها إذ ذاك بقى وقفه صحيحاً كوقف الحصة الشائعة فى عقار لا يقبل القسمة وإذا اشتملت على ما يجوز وقفه بمقتضى أحكامها ولم يكن وقفه إذ ذاك جائزاً بقى على عدم الجواز كوقف المنقول الذى لم يجر العرف بوقفه استقلالا .

☆ ☆ ☆

٤٠ — هذا هو تفسير المادة و بيان ما اشتملت عليه . أما أحكام الفقه فى المسائل التى تناولتها فإن جميع الفقهاء القائلين بجواز الوقف قد ذهبوا إلى صحة وقف العقار دوراً كان أو ضياعاً أو أرضاً قراحا ، لا نعرف فى ذلك خلافاً لأحد منهم . وقال الحنفية إذا وقف أرضاً فيها بناء ولم يصرح بوقفه معها دخل فى وقف الأرض تبعاً ولو كان فيها أشجار ففى دخولها تبعاً روايتان والمراد بالشجر ما لا يقطع فى سنة بأن لا يراد به القطع أصلا أو كان يقطع بعد سنة كأصول قصب السكر ، أما مايقطع فى سنة فلايدخل فى وقف الأرض تبعاً بدون نص على وقفه ، ويدخل

فى وقف الأرض تبعا الشرب والطريق بدون نص استحسانا كما يدخل فى وقف الحمام تبعا قدوره وملقي سرقينه ورماده . وليس من شرط صحة وقف العقار عندهم وضع اليد عليه حين الوقف ولا عدم تعلق حق الغير به ففي الإسعاف وقف ما اشتراه قبل قبضه أو مارهنه بعد تسليمه صح . لكن العقار المشترى شراء فاسداً لا يجوز وقفه قبل قبضه وليس السبب فى هذا عدم وضع اليد بل السبب أن الملك لا يثبت فيه إلا بالقبض . وقال فى الفتح أما عدم تعلق حق الغير كالرهن والإجارة فليس بشرط . وسيأتى ما يتعلق بوقف الشائع من العقار .

أما المنقول فمذهب الحنفية فيه قد أجمله صاحب الفتح بقوله : والحاصل أن وقف المنقول تبعاً للعقار يجوز ، وأما وقفه مقصوداً فإن كان كراعا أو سلاحا جاز ، وفيما سوى ذلك إن كان مما لم يجر التعامل بوقفه كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا . و إن كان متعارفا كالجنازة والفاس والقدوم وثياب الجنازة وما يحتاج إليه من الأوانى والقدور فى غسل الموتى والمصاحف قال أبو يوسف لا يجوز وقال محمد يجوز و إليه ذهب عامة المشايخ ومنهم الإمام السرخسى . وقال فى الإسعاف إن قول محمد هو الصحيح . ثم قال صاحب الفتح إن بعض المشايخ قد زادوا أشياء من المنقول على ما ذكره محمد لما رأوا من جريان التعامل فيها ففى الخلاصة : وقف بقرة على أن ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لأبناء السبيل قال إن كان ذلك فى موضع غلب ذلك فى أوقافهم رجوت أن يكون جائزاً .

أما وقف البناء والغراس فقد ذكر فى عامة الكتب وقد أكثر كل من صاحب أنفع الوسائل وصاحب إجابة السائل فى شأنه من إيراد النقول والأقوال المختلفة وحاصل ما قيل فى ذلك .

أولا — إن ظاهر ما جاء بالأصل وهلال والمجتبى وغيرها يقضى بأنه لا يجوز وقف البناء والغراس مقصودين بدون وقف الأرض سواء أكانا فى أرض مملوكة أم فى أرض موقوفة وسواء أوقفا على الجهة التى وقفت عليها الأرض أم على غيرها ، جرى بوقفهما العرف أو لم يجر ، وقد تمسك بظاهر هذه النصوص قاسم بن قطلوبغا

وتشدد فيه وادعى الاتفاق على ذلك ولكن فقهاء عصره كالأقصرائى والشمنى وابن الشحنة ردوا عليه ذلك وأفتوا بخلافه وقالوا إن العرف قد جرى به وعليه عمل الناس من زمن قديم وبه اطردت أحكام القضاة العلماء العاملين .

ثانياً — جاء فى الذخيرة وفى الظهيرية وغيرها أن وقفهما بدون وقف الأصل يجوز اتفاقا إذا كان أصل البقعة موقوفاً على جهة قربة ووقف البناء أو الغراس على تلك الجهة ومن هذا الجنس ما لو بنى قنطرة على نهر ووقفها فإن البناء مستقر على جانبى النهر وهما للعامة والقنطرة للعامة . أما إذا وقفهما على جهة أخرى غير التى وقفت عليها البقعة ففيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يجوز وأجازه بعض آخر وقال الطرسوسي إن الجواز هو الصحيح لأنه استحسان وقال إن الوضع بطريق الإجارة لا يضر ولو انقضت المدة بقى بأجرة المثل أو جددت الإجارة ولو جعل البناء مسجداً جاز واستظهر أن حكره يكون على المستأجر ما بقيت المدة وبعدها يكون على بيت المال .

ثالثاً — إذا كانا فى أرض مملوكة قيل لا يصح وقفه وقيل يصح ، والقول بصحته لا يسلم به على إطلاقه بل ولا يقبل إلا إذا كان العرف قد جرى بوقفه . وفى هذه الحال يكون القول بالصحة مؤيداً بالقاعدة العامة على رأى محمد من جواز وقف المنقول إذا جرى العرف بوقفه وهما من المنقول ومؤيداً بما جاء فى الخصاف فى مسألة الأرض المحتكرة وحوانيت السوق التى تقام عليها ، ومؤيداً بأن صاحب الذخيرة قال إن عدم الجواز هو الصحيح لأنه منقول ووقفه غير متعارف فجعل السبب فى عدم الجواز عدم التعارف [1] .

أما النقود فالقاعدة المروية عن محمد تقضى بعدم جواز وقفها حيث لم يجر به عرف وجوازه فى المكان الذى جرى فيه العرف بذلك وعلى أساس ذلك أفتى أبو السعود العمادى بجواز وقفها فى بلاد الروم لجريان العرف به وكتب فى ذلك

---

(١) الفتح ج ٥ ص ٥١ ، أنفع الوسائل ص ٧٨ ، البحر ج ٥ ص ٢١٩ ، إجابة السائل ص ٥٠ وما بعدها ، رد المحتار ج ٣ ص ٤٢٥

رسالة قيمة شرح فيها القاعدة شرحاً وافياً وأبان فيها أنهم جعلوا ملاك الأمر محض التعارف ولم يفصلوا فى ذلك بين منقول ومنقول . وقال إن النقود مما يتناوله اسم المنقول لغـة واختصاصها عرفاً أو شرعاً باسم خاص بها عند استعمالهـا فى مقابلة الأعيان لا ينافى دخولها تحته عند الإطلاق عرفاً أو شرعاً ونقل عن الأستروشنى عن صاحب المحيط النص على أنها من المنقول ، وأبان أن عدم إمكان الانتفاع بها مع بقاء عينها لا يضر لأن بقاء أمثالها ينزل منزلتهـا وقال أن الفقهاء قد جعلوا بدل الوقف وقيمته وثمنه وما يشترى به قائماً مقامه واعتبروا بقاء ذلك والانتفاع به بقاء لأصل الوقف وانتفاعاً به ، فلأن يجعل أمثال النقود قائمة مقامهـا وأن يعد بقاؤها والانتفاع بها بقاء للنقود والانتفاع بها أولى ، وقد علق البركوى على هـذه الرسالة ذاهباً إلى أنه لا يجوز وقف النقود و إن جرى العرف بذلك عملا برأى محمد لأنهـا لا ينتفع بها مع بقاء عينها وقد روى الرملى كلام البركوى . والفقه ما قاله أبوالسعود والحجة القوية القويـمـة حجته وتعليقات البركوى لم تشتمل إلا على مماحكات وسفسطة لا تقوى على الثبات أمام النظرة الفاحصة و إن كانت عاجلة . وقد تابع صاحب البحر أبا السعود وأفتى بجواز وقفهـا ولم يحك خلافاً كما تابعـه على ذلك الغزى فى متن التنوير(١) .

و بهذا عرفنـا أن أبا يوسف لا يجوز من وقف المنقول قصداً إلا السـلاح والكراع وما عداه لا يجوز وقفه عنده و إن جرى العرف بذلك ، وأن محمداً يقول بجواز وقفه قصداً سلاحاً أو كراعاً كان أو منقولا آخر جرى العرف بوقفه أى منقول كان ، بناء أو غراساً أو قدوراً أو غيرها ، ينتفع به مع بقاء عينه كالسلاح والثياب والحيوان أولا ينتفع به مع بقاء عينه كالنقود ، ولا يقول بجواز الوقف فيما لم يجر العرف بوقفه . أما محمد بن عبد الله الأنصارى من أصحاب زفر فقد قال بجواز وقف الدراهم والطعام والمكيل والموزون وقال أنه يدفع مضاربة و يتصدق بالفضـل . وعلى قياس قوله ينبغى أن يجوز وقف البذر على أن يقرض لمن لا بذر له من الفقراء

---

(١) رسالتا أبى السعود والبركوى بهامش شرعة الإسلام (٤٣٥ — ٥٧٤) ورد المحتار جـ ٣ ص ٤٠٨

فإذا حصدوا أخذ منهم مثله وأقرض لغيرهم ، وهكذا دائماً ، ولم يذكروا ما إذا كان جواز ذلك مشروطاً عنده بالتعامل أو غير مشروط فإن كان مشروطاً بالتعامل كان عين قول محمد ، وظاهر وضعهم له فى مقابلة قوله أنه لا يشترط للجواز جريان العرف بوقف ذلك .

وقال المالكية أنه يصح وقف كل مملوك تملك ذاته وأن لم يصح بيعه كجلد الأضحية وكلب الصيد ، ويصح وقف المملوك عقاراً كان أو منفعة أو منقولا قيمياً كان أو مثلياً كالحيوان والثياب والسلاح والكتب والنقود والطعام ، وهذا هو المعتمد ، وفى وقف المنقول عندهم قول آخر غير معتمد هو عدم جوازه ، وإذا وقف الأرض وفيها بناء أو شجر دخلا فى الوقف تبعاً إلا أن يقضى شرط أو عرف بغير ذلك . وإذا وقف البناء أو الشجر دخل ما تحتهما من الأرض تبعاً كما يدخل حريم الشجر[1] .

وقال الشافعية إن من شرط الموقوف أن يكون عيناً معينة قابلة للنقل يحصل منها عين أو منفعة يصح أن تستأجر لها ، فلا يصح وقف المنفعة المجردة ، ولا وقف أم الولد والمكاتب لأنهما لا يقبلان النقل ، ولا وقف آلات الملاهى ، ولا وقف الطعام والصابون ونحوها مما تكون منفعته فى استهلاكه ، ولا وقف ما يتسارع إليه الفساد كالورود والرياحين المقطوعة ، أما المزروعة والمشموم الدائم كالعنبر والمسك فيصح وقفه كما يصح وقف العقار والمنقول والمراعى والمصائد والعيون والآبار للماء والأشجار للثمار والبهائم للبن والصوف والوبر والبيض والأنزاء والحلى لغرض اللبس ، والعلو دون السفل وبالعكس ، ويصح وقف البناء والغراس فى أرض مستأجرة من الغير كما يصح للمؤجر وقف هذه الأرض وقيل لا يصح وقفها مادام فيها البناء أو الغراس ، ويصح وقف النقود لتصاغ حلياً أما وقفها للزينة أو للتجارة وصرف ربحها للفقراء فلا يصح ، ولا يصح وقف ما فى الذمة ، وإذا وقف أرضاً وله فيها شجر أو غراس ففى أحد الوجهين أنهما يدخلان فى الوقف إلا إذا نص على

---

(١) الخرشى ج ٥ ص ٧٨ — ٨٠ ، الدسوقى ج ٤ ص ٧٥ — ٧٦ وج ٣ ص ١٥٢

على خروجهما وفى وجه آخر أنهما لايدخلان إلا إذا نص على دخولها . وإذا وقف بناء أو غراسا فى أرض له فالأصح أنه لايدخل فى الوقف ما يشغلانه من الأرض بدون نص[1] .

وقال الحنابلة يشترط أن يكون الموقوف عينا معلومة يصح بيعها ويمكن الانتفاع بها دائما مع بقاء عينها ، عقاراً كان أو شجراً أومنقولا كالحيوان والأثاث والسلاح والمصحف وكتب العلم ونحوه ، ويصح وقف الحلى للبس والعارية ، ولو أطلق وقفها ولم يعين ذلك لم يصح ولا يصح وقف مالا ينتفع به إلا باتلافه كالدراهم والدنانير والمطعوم والمشروب[2] .

ولم يشترط أحد من فقهاء المذاهب الثلاثة ما اشترطه محمد لجواز وقف المنقول من جريان العرف بوقفه ، واشترط الشافعية والحنابلة إمكان الانتفاع به مع بقاء عينه ولم يشترط ذلك المالكية على ما هو المعتمد عندهم .

أما وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة فقد أجازه أبو يوسف ومحمد إلا فى المسجد والمقبرة بأن كان الموضع صغيراً لا يصلح لما أراده الواقف من اتخاذ المسجد والمقبرة على تقدير القسمة أما فيما يحتملها فقد اتفقا على عدم جوازه فى المسجد والمقبرة والخان والسقاية واختلفا فيما وراء ذلك فأجازه أبو يوسف ومنعه محمد ، والخلاف بينهما مبنى على اشتراط القبض والتسليم وعدمه فلما لم يشترطه أبو يوسف أجاز وقفه ولما شرطه محمد منعه لأن الشيوع ، وإن لم يمنع من التسليم والقبض ، يمنع من تمام القبض وهو يشترط تمام القبض عند إمكانه ، ولذا قال بجواز وقف الشائع فيما لا يحتمل القسمة لأن تمام القبض فيه غير ممكن ، وقال فى الفتح أن من أخذ بقول أبى يوسف فى خروجه بمجرد اللفظ وهم مشايخ بلخ أخذ بقوله فى المشاع ومن أخذ بقول محمد فى اشتراط القبض وهم مشايخ بخارى أخذ بقوله فى وقف المشاع ، وقال فى البحر إن الترجيح قد اختلف فى مسألة القبض والأخذ بقول أبى يوسف أحوط

---

(١) الأنوار ج ١ س ٤٢٨ ، مغنى المحتاج ج ٢ س ٣٢٨

(٢) المنتهى ج ٢ س ٤٤٠ — ٤٤٣

وأسهل ولذا قال فى المحيط ومشايخنا أخذوا بقول أبى يوسف ترغيباً للناس فى الوقف . وقال أيضا فى المشاع أنه صرح فى الخلاصة وغاية البيان والتجنيس وشرح المجمع والولوالجية والبزازية أن الفتوى فى المشاع على قول محمد ، ولكن العمل فى مصر جار على أن مذهب أبى يوسف فى المسألتين هو الأرجح من المذهب لابتناء إحداهما على الأخرى وقد عرفت ما قيل فى مسألة القبض من أن قوله أحوط وأسهل كما أن القاضى أبا عاصم كان يقول أن قول أبى يوسف فى القبض أقوى من حيث المعنى وفى الفتح أنه أوجه عند المحققين .

ومحمد يرى أن الشيوع المانع هو الشيوع وقت القبض لا وقت العقد فلو كانت أرض بين رجلين فوقفاها على جهة واحدة وسلماها إلى قيم يقوم عليها أو جعلا له التولية جاز وقف الرجلين معاً لأنه لم يوجد شيوع وقت العقد لأنهما وقفاها جملة ، ولا وقت القبض لأنهما سلماها جملة ، وكذلك لو وقف أحدهما نصيبه مشاعاً ثم وقف الآخر نصيبه على الجهة التى وقف عليها الأول أو على جهة أخرى وجعلا لهما قيما واحداً جاز الوقف لأن الشيوع وإن وجد حين العقد لم يوجد حين القبض ، ولو وقفاها معاً أو متعاقبين على جهة أو جهتين وجعل كل واحد منهما لوقفه متوليا على حدة لا يجوز الوقف لتمكن الشيوع وقت القبض ولكن إن قال كل واحد منهما للذى جعله متولياً فى نصيبه اقبض نصيبى مع نصيب صاحبى جاز . وكذلك الحكم لو كان الواقف واحداً فوقف نصفها على جهة والنصف الآخر على جهة أخرى .

والشيوع المانع عند محمد هو الشيوع المقارن لا الطارىء فلو وقف الكل ثم استحق جزء شائع منه بطل الوقف عنده فى الباقى لأنه بالاستحقاق ظهر أن الشيوع كان مقارناً للوقف بخلاف ما لو وقف الكل فى مرضه وكان فى المال ضيق ورد الوارث فى الثلثين بعد موت المريض فإن الوقف لا يبطل فى الباقى لأن الشيوع طارىء ولم يكن مقارناً للوقف .

وفى الأسعاف لو وقف رب المال ضيعة من مال المضاربة يصح عند أبى يوسف مطلقاً وعند محمد لا يصح إن كان فى المال ربح بناء على جواز وقف المشاع وعدمه .

وفى إجابة السائل أنه لو ناصب مناصبة صحيحة ثم وقف نصيبه من الأشجار جاز على قول من يجيز وقف المشاع . ومن المسألة الثانية اتضح أن الخلاف فى المشاع جارٍ فى العقار والمنقول وهذا هو الذى يستفاد من كلام الفقهاء فى وقف الشائع فالخلاف بين الصاحبين يجرى فى وقف الحصة الشائعة فى المنقول إذا وقفت تبعاً أو كان المنقول متفقاً على جواز وقفه استقلالاً وهو السلاح والكراع . والحكم فى مسألة المناصبة لا يمكن أن يستشكل فيه بأن القائل بجواز وقف المنقول هو محمد وهو لا يجيز وقف المشاع فيما يقبل القسمة والقائل بجواز وقف المشاع هو أبو يوسف وهو لا يجيز وقف المنقول سوى السلاح والكراع ومن الواضح أن وضع المسألة فى شجر لا يقبل القسمة لقوله «جاز على قول من يجيز وقف المشاع» فإن اختلاف القول إنما هو فيما يحتمل القسمة ، لا يمكن الاستشكال فيه بذلك بل هو مستقيم لانبنائه على الراجح من المذهب فى المسألتين حيث أخذ بقول محمد فى جواز وقف المنقول و بقول أبى يوسف فى وقف المشاع فيما يحتمل القسمة وكل منهما الراجح ، ولهذا نظائر كثيرة عند الحنفية (١) .

وقال المالكية أنه يصح وقف الإنسان ما يملكه و إن كان مشتركا شائعاً فيما يقبل القسمة أما وقف الشائع فيما لا يقبل القسمة ففى صحة وقفه وعدمها قولان مرجحان . و يصح وقف الشائع ولو مسجدا (٢) .

وقال الشافعية إنه يصح وقف العقار والمنقول والشائع والمقسوم و يصح وقف المشاع مسجداً وفى هذه الحال تجب القسمة لأنها تعينت طريقاً لتمييزه ولا يصح الاعتكاف فيه ولا يحرم على الجنب المكث فيه ، ولو وقف الموسر نصف عبد له صح الوقف ولا يسرى من جزء إلى جزء (٣) و إطلاق القول فى الشائع عندهم يشمل مالا يقبل القسمة وما يقبلها كما يشمل الشائع فى العقار والمنقول وشموله للمنقول صريح فى مسألة نصف العبد .

---

(١) الفتح جـ ٥ ص ٤٥ — ٤٧ ، البحر جـ ٥ ص ٢١٢ ، الخانية جـ ٣ ص ٣٠٣ ، إجابة السائل ص ٥٠ (٢) الدسوقى جـ ٤ ص ٧١ ، الحطاب جـ ٦ ص ١٨ (٣) الأنوار جـ ١ ص ٤٢٩ ومغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٨

وقال الحنابلة يصح وقف المشاع كنصف أو سهم من عين يصح وقفها ولو كان مسجداً[1] فالمشاع بإطلاقه شامل لما يقبل القسمة وما لا يقبلها والعين التى يصح وقفها متناولة للعقار والمنقول.

٤١ — وبالمقابلة بين أحكام هذه المادة وبين الراجح المعمول به من مذهب الحنفية يتضح أنها خالفته فى أمرين :

الأول — أنها أجازت وقف المنقول ، كان تابعاً للعقار أو غير تابع له ، جرى العرف بوقفه استقلالا أو لم يجر.

الثانى — أنها منعت وقف الحصة الشائعة فى عقار غير قابل للقسمة إلا فى الأحوال الثلاث المستثناة.

وجواز وقف المنقول استقلالا إذا كان يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه وكان العرف قد جرى بوقفه لم يخالف فيه من فقهاء المذاهب الأربعة إلا أبو يوسف ، وجواز وقفه استقلالا إذا لم يجر عرف بوقفه أقوال معتمدة عند المالكية والشافعية والحنابلة وجواز وقفه إذا كان لايمكن الانتفاع به مع بقاء عينه قول محمد استقلالا إن جرى العرف بوقفه ولا عبرة بما ذهب إليه البركوى، والمعتمد من مذهب المالكية جواز وقفه جرى بذلك عرف أو لم يجر. وعدم صحة وقف الشائع فيما لا يقبل القسمة أحد قولين مصححين فى مذهب المالكية. وما عدا ذلك مما اشتملت عليه المادة استبقاء للتشريع المعمول به قبل هذا القانون.

قررت الأكثرية من لجنة الأحوال الشخصية جواز وقف المنقول بإطلاق مراعية أن حجة الحنفية فى منع وقف المنقول استقلالا هى أن الوقف يراد به الدوام والتأبيد والمنقول لا يؤدى هذا الغرض ، وبما أن اللجنة قد جرت على أن التأبيد ليس شرطاً فى صحة الوقف بل أوجبت التأقيت فى الوقف على ما عدا الخيرات ، قد أصبح ما تسوق إليه هذه الحجة لا يتسق مع تلك الأحكام ، هذا إلى أن فى هذه الحجة شيئاً من الوهن فإنها تقضى بمنع وقفه وإن جرى بذلك العرف ، على أنها

(١) الكشاف ج ٢ ص ٤٤٢

رأت أن التيسير على الواقفين يقضى بجواز وقف لمنقول استقلالا و إن لم يجر العرف بذلك فإن منعه قد يفوت عليهم صوالح جوهرية ، فمن له مصنع أو متجر كله منقولات وكانت لاسمه شهرة فائقة لها دخل كبير فى الثقة والربح وأراد أن يقفه ما كان ليستطيع ذلك وكان عليه إن أراد الوقف أن يستبدل به عقاراً ، فيصبح بذلك بين عاملين إما أن يعدل عن الوقف فيفوت عليه الغرض الذى دفعه إليه أو أن يفقد متجره أو مصنعه وشهرة اسمه التى قد تكون أهم العوامل فى الربح الوفير ، ولم يفتها أن بعض المنقولات قد يكون خاضعاً للتقلبات والمؤثرات الوقتية أو يطرأ عليه ما يخشى معه من ضياعه ، ولكنها رأت أن ذلك لا يقتضى سد هذا الباب وأن تدارك الخطر ممكن وأن أى موقوف من المنقولات طرأت عليه مثل هذه الحال استبدل عاجلا وحل محله عقار أو منقول آخر أقرب إلى الثبات شأنه فى ذلك شأن سائر الأوقاف التى تحكمها المصلحة فى جميع الأحوال ، أما الأقلية فلم تر المصلحة التى راعتها الأكثرية كافية للعدول عن التشريع القائم هذا إلى أنه يقابلها ضرر التقلبات وسرعة التأثرات ، ولما عرض مشروع هذا القانون على مجلس الشيوخ أول عرضة ذهبت لجنة العدل فيه إلى ما ذهبت إليه الأقلية من لجنة الأحوال الشخصية ثم دارت بالمجلس حول ذلك مناقشة طويلة وكان من حجة من يرون عدم العدول عن مذهب الحنفية أن إجازة وقف ما لا يجوز وقفه من المنقول توسيع لنطاق الوقف أكثر مما هو عليه وهذا مناقض تماماً لأهم أغراض القانون وهو التضييق من دائرة الوقف والحد منه بالقدر المستطاع ، ولكن المجلس أخذ برأى الأكثرين من لجنة الأحوال الشخصية وقرر هذا الحكم . والحق أن كلا من الفريقين قد احتج بما له وزنه وقيمته ، ولكن حجة المجيزين أقوى وأمتن وهى أدخل فى باب المصلحة والنفع العام ، والقصد إلى الحد من الوقف وإن كان غرضاً متفقاً عليه لا يؤدى إلى إيصاد باب نفعه أكبر من ضرره ، والقول بأن بعض المنقولات خاضع للمؤثرات الوقتية لم يكن فى الواقع خوفاً من نفس الوقف وإنما كان خوفاً من الإجراءات وطولها وكثرة التأجيلات .

وكانت لجنة الأحوال الشخصية قد ذهبت إلى منع وقف الشائع مطلقاً ، ما يقبل القسمة وما لا يقبلها إلا فى الأحوال الثلاث ، مراعية أن الشيوع بين وقفين أو وقف وملك كثيراً ما يعطل مصالح الوقف و يؤدى إلى أضرار جسيمة وأن القسمة قبل الوقف أيسر منها بعده أما الأحوال المستثناة فإن الشيوع فيها ينتهى ولا ضرر فيها . وقد رأت لجنة العدل بمجلس الشيوخ عند العرضة الأولى أنه ليس ثم ما يمنع من جواز وقف الحصة الشائعة فى عقار قابل للقسمة ولا ضرر ينتج عنه ، كما لم تر محلا لإجازة وقف الحصص وأسهم الشركات لسرعة تأثرها وللخطر الشديد الذى قد يصيبها من سرعة انخفاض قيمتها وذهاب رأس مالها ولأنها لا يمكن أن تخضع فى أنظمتها لأحكام الوقف ، وقد أقر المجلس ما ذهبت إليه اللجنة من الإبقاء على جواز وقف الشائع فى عقار قابل للقسمة ، وطالت المناقشة حول وقف الحصص والأسهم وانتهت بأن قرر المجلس إعادة الحكم الخاص بها ولكن على الوضع الذى أسلفناه ، وقد استبقت لجنة التنقيح هذه المادة بحذافيرها كما أقرها مجلس الشيوخ ولم تلق بعد ذلك مقاومة تذكر حتى صدر بها القانون[1] .

سادساً — قبول الوقف

مادة ٩ — لايشترط القبول فى صحة الوقف ، ولايشترط كذلك فى الاستحقاق مالم يكن الموقوف عليه جهة لها من يمثلها قانونا فإنه يشترط فى استحقاقها القبول .

فإن لم يقبل من يمثلها انتقل الاستحقاق لمن يليها متى وجد ، وإن لم يوجد أصلا أخذ الموقوف حكم الوقف المنتهى المبين فى المادة ١٧ .

٤٢ — تناولت هذه المادة مسألتين من مسائل قبول الوقف :

فالأولى هى أن القبول ليس شرطاً فى صحة الوقف ، أى أن الوقف متى استكمل

(١) ارجع إلى المذكرة والتقارير وجلسة الشيوخ فى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤

شرائطه انعقد انعقاداً صحيحاً بالإيجاب وحده من غير توقف على القبول ، لا من الموقوف عليهم جميعاً ولا ممن يستحقون ريعه عقب الوقف مباشرة ، ومعنى ذلك أنه من العقود التى تتم بالإرادة المنفردة وهذا هو الرأى السائد عند فقهاء الشريعة الإسلامية كما سيجىء قريباً .

والثانية هى أن قبول الموقوف عليه ليس شرطا فى ثبوت استحقاقه لغلة ما وقف عليه أو منفعته ، فهذا الحق يثبت له بمجرد الوقف من غير توقف على قبوله وإذا جاء وقت استحقاقه ووجدت الغلة كانت مملوكة له وإن لم يحصل منه قبول . وهذا الحكم مخالف لحكم الوصية بالمنافع التى نظمها القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فإن ملك الموصى لما أوصى له به يتوقف على قبوله بعد موت الموصى ، عينا كان الموصى به أو منفعة ، وعندى أن اتساق التشريع كان يقضى بالتسوية بينهما فى هذا الحكم فإن الوقف الأهلى والوصية بالمنافع قد نظمهما قانونا الوقف والوصية حتى أصبحا متشابهين أتم المشابهة فلا وجه للتفرقة بينهما فى ذلك .

وقد اكتفى القانون هنا بالنص على أن القبول ليس شرطاً فى ثبوت هذا الحق من غير أن يتعرض لوصفه ، هل هو حق متزلزل غير لازم فيرتد بالرد أو هو حق لازم متأكد يثبت جبرا فلا يرتد بالرد ، وإذا كان يرتد بالرد فبم يكون هذا الرد ومتى يكون ، لم يعرض القانون لشىء من ذلك فبقى الأمر فيه خاضعاً للراجح من مذهب الحنفية .

وقد استثنى من حكم المسألة الثانية حالة ما إذا كان الموقوف عليه جهة لها من يمثلها قانونا فإن هذا الحق لا يثبت فى هذه الحالة إلا بقبول الممثل ، وهذا لا يكون إلا حيث يكون الموقوف عليه مما يعبر عنه الفقهاء بالجهة وقد جروا فى أكثر الأحايين على التعبير بذلك فى حالة ما إذا كان الموقوف عليه ليس من أهل الاستحقاق وهم الآدميون كالوقف على مصالح المساجد والربط والمستشفيات والمدارس والتعليم والغزو والحج وأشباه ذلك أو كان الموقوف عليه من أهل الاستحقاق وكان الوقف على الجنس، ولايمكن أن ينصرف إلى كل فرد من أفراده ، بل يقع تعيين

من يستحق منهم بتقرير من له ولاية ذلك كالوقف على الفقراء أو على الفقهاء بإطلاق فليس لفقير معين ولا لفقيه معين حق فيه لأن الوقف لجنس الفقراء أو العلماء لا لكل فرد منهم ، فإذا لم يكن الموقوف عليه جهة بهذا المعنى كالوقف على معينين بأسمائهم أو على معينين بأوصافهم ويكون متناولا لهم جميعا كالوقف على أولاده أو أولاد زيد وذريته لا يكون القبول شرطاً فى الاستحقاق . ولابد أيضاً أن يكون لهذه الجهة من ينوب عنها قانونا كالجامع الأزهر والجامعات المصرية والمدارس التى تملكها الحكومة المصرية على اختلاف أنواعها والمستشفيات التى تملكها ، فإذا لم يكن للجهة ممثل قانونى كالفقراء والمساجد والتعليم بوجه عام لا فى جهة بعينها وطلبة العلم بوجه عام لا فى جهة من الجهات التى لها ممثل قانونى فإن القبول لا يكون شرطا فى الاستحقاق . والمراد بالممثل القانونى هو من جعل له القانون الحق فى النيابة عنها فى قبول التبرعات ، لأن هذا هو موضوع المسألة ، لا من يمثلها فى الخصومات أو الإدارة مثلا وليس له حق تمثيلها فى قبول التبرعات ، فالأزهر مثلا قد نص فى قانونه على أن له شخصية معنوية مصرية الجنس وله الأهلية الكاملة للمقاضاة وقبول التبرعات ، وأن شيخه هو الذى يمثله ويكون له حق المقاضاة ، ولكن ورد من بين اختصاصات المجلس الأعلى قبول الأوقاف والوصايا والهبات وأن قرار المجلس الأعلى الصادر بهذا القبول لا يكون نهائيا إلا بعد تصديق مجلس الوزراء . فشيخ الأزهر وإن كان ممثلا له بوجه عام لا يمثله فى قبول الأوقاف بل تمثيله فى ذلك من حق المجلس الأعلى بشرط تصديق مجلس الوزراء ، فقبول الشيخ وحده ليس هو القبول المشروط فى هذه المادة . والجهة فى المادة مطلقة فهى شاملة للجهات التى بمصر والتى فى غيرها من الدول ، فالحرمان الشريفان مثلا إذا كان القانون الحجازى قد جعل لهما ممثلا قانونيا من حقه قبول الأوقاف وسائر التبرعات لايثبت لهما الاستحقاق فيما يوقف عليهما إلا بقبول هذا الممثل وإن لم يكن فيه شىء من ذلك ، كما سمعت ، يثبت لهما الاستحقاق من غير توقف على قبول أحد ، وقد أثار أحد الشيوخ بالمجلس مسألة الوقف على الحرمين

والمسجد الأقصى وتساءل عمن له الحق فى القبول و بعد مناقشة وجيزة اشترك فيها وزير العدل ورئيس المجلس والمقرر وانطوت على شىء من عدم الدقة قال وزير العدل أخيراً إذا كان الوقف على جهة خارج البلاد فلذوى الشأن فيها أن يقبلوا هذا الوقف أو لا يقبلوه حسب النظام المتبع عندهم [1] وهو و إن لم يتكلم صراحة فى اشتراط القبول لثبوت الاستحقاق فى هذه الحالة ، يمكن أن يؤول كلامه إلى ما ذكرنا مما يقتضيه إطلاق المادة .

وقد جاء فى الفقرة الأخيرة من هذه المادة « فإن لم يقبل من يمثلها انتقل الاستحقاق إلى من يليها .. » فرتبت على عدم القبول من الممثل بطلان استحقاق هذه الجهة وانتقاله إلى المستحق الذى يليها أو انتهاء الوقف ، وعدم القبول يتناول أمرين : الرد الصريح ، والسكوت عن القبول والرد ، فمجرد السكوت قد اعتبر رداً كافيا لما ذكر ، ومتى كان السكوت رداً وجب بداهة أن يكون للقبول وقت يجب ألا يتأخر عنه حتى يعتبر السكوت فيه رداً ، فما هو هذا الوقت ؟ هل هو وقت العلم بالوقف ، أو وقت العلم بالاستحقاق ؟ ليس فى القانون ما يفيد ذلك صراحة أو دلالة ، ومذهب الحنفية لا يمكن الرجوع إليه فى ذلك لأن السكوت عندهم لا يعتبر رداً ، والمذهب الوحيد الذى اعتبر السكوت فيه رداً هو مذهب الشافعية الذى أخذ منه هذا الحكم ، وظاهر كلام الشافعية أن المدار على دخول وقت الاستحقاق والعلم به سواء أكان ذلك وقت صدور الوقف أم وقتاً آخر بعده كما سيجىء ، و بهذا اتضح أن القبول يجب ألا يتأخر عن وقت ثبوت الاستحقاق أو العلم به ، إذ لو تأخر عنه لكان ذلك سكوتاً يعتبر رداً للاستحقاق ، وكون وقت الاستحقاق أو العلم آخر أمد للقبول لا يمنع من اعتباره إذا حصل بعد الوقف وقبل ذلك الوقت .

ومن هذا يتبين أن السكوت لا يعتبر رداً ما دام الحق فى القبول باقياً أما إذا فات وقته ولم يحصل كان السكوت عنه رداً ، ولكنه لا يفيد الرد إلا إذا

(١) جلسة ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤

كان سكوتاً دالا على الإعراض كما يظهر ذلك جلياً من تتبع أقوال الفقهاء فى أحكام السكوت . فلو أن أمر الوقف عرض على المجلس الذى له حق القبول مثلا فأجل النظر فيه ، مضطراً ، أو لجمع معلومات يحتاج إليها ، إلى جلسة أخرى لم يكن هذا سكوتاً دالا على الرد ، أما إذا أجله لأجل غير مسمى مثلا أو لأجل لا تدعو إليه حاجة كان ذلك سكوتا دالا على الرد .

ولم يعرض القانون لغير ما ذكر من مسائل القبول والرد فيجب الرجوع فيما عداه إلى مذهب الحنفية كما أن القانون لم يشترط فيهما اشهاداً ولا أوضاعا معينة فبقى أمرهما فى ذلك خاضعاً للأحكام التى تطبقها المحاكم الشرعية .

وإذا لم يقبل الممثل بأن رد صراحة أو سكت حيث يعتبر سكوته رداً بطل استحقاق هذه الجهة وانتقل إلى المستحق الذى يليها فى الاستحقاق بمقتضى شرط الواقف متى وجد ، أى حين وجوده مستحقا ، فإذا كان الواقف قد نص على مستحق بعد هذه الجهة جهة كان أو غيرها ، وكان موجوداً حين البطلان وكان شرط الاستحقاق متحققاً فيه انتقل إليه الاستحقاق واعتبرت الجهة التى رد ممثلها كالمعدومة ، وإن كان موجوداً ولمّا يتحقق فيه شرط الاستحقاق بعدُ لا ينتقل إليه الاستحقاق فى الحال ولا يعتبر الوقف منتهياً بل ينتظر إلى أن يتحقق فيه شرط الاستحقاق وهو الوقت الذى يقال فيه أن المستحق قد وجد فلو أن الواقف جعل الريع مصروفاً بعد هذه الجهة إلى إقامة الشعائر فى مسجد هيىء مكانه ولم يكن تمّ بناؤه حين الرد لا ينتهى الوقف وينتظر تمامه ولكن لا ينتقل الاستحقاق إليه فى الحال وإنما ينتقل إليه حين وجوده ، ومن الواضح أنه اذا كان المستحق بعدها جهة لها من يمثلها ولم يقبل كان الحكم فيها كذلك . أما إذا لم يكن بعدها مستحق أصلا بأن لم يكن الواقف قد سمى مصرفا لوقفه بعدها أو سماه ولكن كان الوقف عليه باطلا فإن الوقف يعتبر إذ ذاك منتهياً وتطبق عليه أحكام الوقف المنتهى الواردة فى المادة ١٧

والانتهاء بهذا السبب لا يتصور تحققه إلا فى الأوقاف المؤقتة أما الأوقاف

التى صدرت قبل هذا القانون و بقيت على تأبيدها والأوقاف التى صدرت بعده مؤبدة فلا تنتهى من هذا الطريق .

٤٣ — وطبقاً لأحكام المادة ٥٦ تسرى أحكام هذه المادة على الأوقاف الصادرة قبل العمل بهذا القانون فى الحوادث السابقة عليه والحوادث اللاحقة له ، فلو أن وقفا منها أو شيئا منه جعل لجهة لها من يمثلها قانوناً وجاء استحقاقها قبل القانون أو بعده ولم يقبل ذلك من يمثلها بطل استحقاقها وانتقل إلى المستحق الذى يليها ، ولكن يجب أن يراعى أن القبول كما يكون صريحا يكون بكل ما يدل عليه كتناول الاستحقاق .

٤٤ — وجملة ما قرره الفقهاء فى هذا المقام هو ما يأتى[1] :

أولا — اشتراط القبول وعدمه — جمهور فقهاء المذاهب الأربعة على أن قبول الوقف ليس ركناً ولا شرطا فى صحته ولا فى الاستحقاق إذا كان الوقف على غير معين أو على من يتصور منه القبول كالفقراء والمساجد والربط وأشباه ذلك وروى ابن مفلح الحنبلى فى الفروع عن صاحب النظم ، احتمالا ، أنه يشترط القبول ويقبله نائب الإمام . وقال فى جواهر الكلام بعد أن استعرض أقوال مؤلفيهم فى القبول وناقش الأدلة أن الأصل فى العقود الارتباط بين اثنين وهو يقتضى اشتراط القبول فينقدح اعتباره مطلقا وانتصر لاشتراطه فى الجهة العامة كغيرها وقال إن القبول إذن يكون من الولى العام .

أما إذا كان الوقف على آدمى معين — ومنه الجماعة المحصورة كأولادى أو أولاد فلان — فلهم فى ذلك أقوال :

١ — إن القبول ليس شرطاً فى صحة أصل الوقف ولا فى استحقاق الموقوف عليه حصته وأنه يلزم بمجرد الإيجاب فلايحتاج إلى القبول ولا يرتد بالرد ، وبهذا

---

(١) ارجع إلى وقف هلال (١٦٦ــ١٧١) ووقف الخصاف (١٣٩ــ١٤٠) والاسعاف (١٥) والحموى على الاشباه ج ٢ ص ٤٣ — والخرشى ج ٥ ص ٩٢ والدسوقى ج ٤ ص ٧٩ والمواق ج ٦ ص ٣٣ والتسولى ج ٢ ص ٢٢٥ — والتحفة ج ٢ ص ٣٢١ والأنوار ج ١ ص ٤٣١ والتحرير ج ٢ ص ١٧٣ ـ والمغنى ج ٦ ص ١٨٨ والفروع ج ٢ ص ٨٦٧ والاختيارات (١٠٢)

قال البغوى من الشافعية ، وانتصر له جمع من فقهائهم ، وقال به الأنصارى من مشايخ الحنفية ، والقاضى من أئمة الحنابلة .

٢ — إن قبول المستحق شرط فى استحقاقه نصيبه ولو رده لم يبطل أصل الوقف وإنما يبطل حقه خاصة وهذا القول هومذهب الحنفية على ماذكره الطرابلسى فى الإسعاف وإن كنت لم أره على هذا الوضع لغيره بل رأيت أنهم نقلوا عن الملتقط ما يخالفه فى ظاهره . وهو أيضا الراجح من مذهب المالكية ، والأصح من مذهب الشافعية ، وأحد قولين للحنابلة .

٣ — إن قبول المستحق ليس شرطا فى استحقاقه نصيبه لكن لو رده ارتد وبطل حقه خاصة ، وهذا هو مذهب الحنفية على مانقله الحموى عن الملتقط فقد ذكر جملة مالا يحتاج إلى القبول وعد منه الوقف على المعين وقال إنه لو رده بطل عند هلال وفى وقف الأنصارى أنه لا يبطل ، وعلى الأصح من مذهب الشافعية وأحد القولين فى مذهب الحنابلة أنه إذا رد البطن الأول بطل الوقف ولكن بطلانه ليس آتيا من عدم القبول بل للأثر الذى ترتب على رده ، فإن الأول إذا رد بطل حقه خاصة ولكن صار الوقف منقطع الابتداء فيكون باطلا لذلك عندهم ، وفى الأنوار من كتب الشافعية أنه لايشترط قبول البطن الثانى فمن بعدهم ويشترط عدم ردهم . وقال ابن حجر فى التحفة بعد أن نقل مثل ذلك : ولكن الذى استحسناه أنا إذا قلنا بالأصح اشترط قبولهم . ثم جرى على الاستحسان فى شرحه لعبارة المنهاج .

هذا هو تحرير أقوال الفقهاء فى اشتراط القبول بوجه عام وهناك استثناءات عند المالكية والشافعية ليس ثم مايدعو إلى ذكرها هنا .

ثانياً — متى يكون القبول أو الرد — من يتتبع عبارات الحنفية فى هذا الموضوع قد يفهم من إطلاقها وسياقها أنهم لا يشترطون الفورية لا فى القبول ولا فى الرد . وقد نقل التسولى فى شرح العاصمية ما نقله ابن عرفة عن الاستغناء وهو صريح فى أن الفورية ليست شرطاً فى واحد منهما عند المالكية . ونص الشافعية على أنه يشترط أن يكون القبول متصلا بالإيجاب أو عقب بلوغ الخبر إلى الموقوف

عليه . وعلى أنه لو سكت فلم يقبل ولم يرد بطل . وقال ابن حجر فى التحفة ويظهر أنه لا أثر هنا لرد من بعد البطن الأول قبل دخول وقت استحقاقه كرد الوصية فى حياة الموصى وإطلاقه الرد هنا شامل للرد من طريق السكوت فإذا بلغه الخبر قبل دخول وقت الاستحقاق فرد لا يكون رداً معتبراً ويلزم من هذا أن وجوب الفورية فى القبول إنما يكون عند دخول وقت الاستحقاق أو العلم به ، ولا ينافى ذلك ما سبق من اشتراط اتصال القبول بالإيجاب أو ببلوغ الخبر فإن ذلك مفروض فى قبول البطن الأول وهو يدخل استحقاقه بمجرد إيجاب الوقف . فالمدار فى الحقيقة على دخول وقت الاستحقاق أو العلم به . وقال شيخ الإسلام ابن تيمية فى الاختيارات : وإذا اشترط القبول فى الوقف على المعين فلا ينبغى اشتراط المجلس كالوصية والوكالة فيصح معجلا ومؤجلا .

ونص الحنفية على أنه لا عبرة بالقبول بعد الرد . وقد أطلق الشافعية القول فقالوا لا أثر للقبول بعد الرد ، ولكن ابن حجر قال : فلو رجع الرد وقبل لم يستحق شيئاً إن حكم حاكم برده وإلا استحق كما نقلا ونازع فيه الأذرعى . وفى الفروع لابن مفلح الحنبلى : وقال شيخنا اختلف فيما إذا رد ثم قبل هل يعود .

وليس من شرط صحة الرد عند الحنفية أن يكون الراد مستحقاً بالفعل فلو أنه رد قبل ذلك اعتبر رده كما ورد ذلك فى هلال . أما الشافعية فقد سبق أن نقلنا ما قاله ابن حجر من أنه لا عبرة بالرد قبل دخول وقت الاستحقاق .

ثالثاً — ما يكون به القبول والرد — قال الحنفية والمالكية والحنابلة أن القبول يكون بالقول ويكون بالفعل كأخذ الغلة وقبض الموقوف والتصرف فيه . أما السكوت فهو رد عند الشافعية وليس رداً عند الباقين فإنهم لا يشترطون الفورية فى القبول .

٤٥ — وبالمقابلة بين أحكام هذه المادة ومذهب الحنفية يتبين أنه عدل عنه فى أمرين : الأول اشتراط القبول لاستحقاق الجهة التى لها من يمثلها قانوناً والثانى اعتبار السكوت رداً يبطل به استحقاق هذه الجهة فينتقل الاستحقاق إلى المستحق

الذى يليها، الأمر الذى يقتضى فورية القبول عند دخول وقت الاستحقاق أو العلم به . والأمر الأول قول فى مذهب الحنابلة ورأى فى مذهب الإمامية ، والثانى مذهب الشافعية .

وقد راعت لجنة الأحوال الشخصية فى الأمر الأول اتساق هـذا التشريع مع التشريعات الأخرى فى قبول التبرعات كما راعت أن بعض النـاس قد تـكون لهم أغراض خفية اجتماعية أو دينية أو سياسية من تقديم الهبات والأوقاف للمؤسسات العلمية والدينية وغيرها يسترونها بالظهور بمظهر حب الخير ، ولو أنهم وفقوا لما أرادوا لكان من وراء ذلك شر مستطير وتدخلات أجنبية لا يعلم مداها إلا الله فرأت أن المصلحة تقضى بإيصاد أبواب الشر إيصاداً محكما. ولما عرض المشروع على مجلس الشيوخ للمرة الأولى استفسر بعضهم عن السبب فى ذلك ولما تبين السر جليا أقتنع به، كما أن منهم من رأى أنه لا داعى لاشتراط القبول للاستحقاق والاكتفاء بحق الرد الذى تقرره القواعد العامة واقترح بعض هؤلاء أن يحذف من المادة كل ما يتعلق بالاستحقاق لذلك ولأنه عند الرد يكون انتقال الاستحقاق متعينا طبقاً لأحكام المشروع . ورد عليه وزير العدل بأن ما جاء بالمادة تنظيم للقبول لا تكفى فيه القواعد العامة فمثلا إذا كان الوقف على طلبة الجامع الأزهر فقبلوا أو قبل بعضهم فهل يثبت الاستحقاق لمن قبل مع أن للأزهر من يمثله قانونا وله وحـده حق التقدير فى القبول والرفض فهذه أمور تحتاج إلى إيضاح . فقال المقترح لا أعتبر هـذا رداً وفرق بين الوقف على الجامعة الأزهرية والوقف على طلبتها . فقال رئيس المجلس لا . . لا إن طلبة الجامعة الأزهرية والجامعة الأزهرية سواء ، وأخيراً تقرر رفض هذا الاقتراح . واقترح بعضهم أن يكون القبول بإشهاد شرعى يضبط بدفتر المحكمة على الوجه المبين بالمادة الأولى لأنه يرى القبـول متمما للوقف ولم يوافق على هـذا الاقتراح[1] .

أما اعتبار السكوت رداً فقد أريد منه وضع حد للأمر وألا يبقى الاستحقاق

(١) جلسة الشيوخ فى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤

معلقاً لا تتناوله هذه الجهة ولا يصرف إلى سواها، وهذا معنى حسن ولكن اتساق هذا التشريع مع تشريع الوصية كان يقتضى أن ينظم ذلك هنا كما نظمته المادة ٢٢ من قانون الوصية التى نصت على أنه لا يشترط فى القبول ولا فى الرد أن يكون فور الموت، ومع ذلك تبطل الوصية إذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمى مشتمل على بيان كاف عن الوصية وطلب منه قبولها أو ردها ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوما كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول.

سابعاً — معانى عبارات الواقفين

مادة ١٠ — يحمل كلام الواقف على المعنى الذى يظهر أنه أراده وإن لم يوافق القواعد اللغوية.

٤٦ — قرر الفقهاء أنه يجب حمل عبارات الواقفين على مايظهر أنهم أرادوه منها إما بقرينة أو عرف، وافق ذلك لغة العرب أو لغة الشارع أولا، وأنها لا تبنى على الدقائق الأصولية والفقهية واللغوية، كما قرروا أن ألفاظ الواقفين إذا ترددت تحمل على أظهر معانيها، وأن النظر إلى مقاصدهم أمر لا بد منه. ونصوا على أن العرف إنما يجب إهداره إذا خالف الدليل الشرعى من كل وجه، أما إذا لم يخالفه من كل وجه فإنه يكون معتبراً، يتعين به المراد من اللفظ، ويخصص به العام، ويقيد به المطلق، ويترك به القياس والنص الفقهى، وقالوا إن جمود القاضى أو المفتى على ظاهر المنقول وتركه العرف والقرائن الواضحة والجهل بأحوال الناس ليس من ورائه إلا إضاعة الحقوق على أربابها وظلم الكثيرين. كما قالوا إن حكم العرف يثبت على أهله، عاما كان أو خاصا، فالعرف العام فى سائر البلاد يثبت حكمه على الكافة، أما العرف الخاص فإنه معتبر فى حق أهله فقط وإن خالف ظاهر الرواية، كما فى الألفاظ المتعارفة فى الأيمان والوصية والوقف والبيع والإجارة وسائر العقود، فتجرى تلك الألفاظ فى كل بلدة على عادة أهلها ويراد منها ما هو

المعتاد بينهم ويعاملون دون غيرهم بما يقتضيه ذلك وإن صرح الفقهاء بأن مقتضى هذا اللفظ خلاف ما اقتضاه هذا العرف . والعرف الذى تحمل عليه ألفاظ الواقفين هو العرف المقارن لصدورها منهم ، قديما كان أو حديثا ، أما العرف الذى يحدث بعد صدورها فلا عبرة به ، كل هذا قد قرره الفقهاء ، وهو ما يقره المنطق والعقل فى بداهة ، وهو ما جرت عليه الشريعة الإسلامية منذ القدم ، غير أنه شاع بين فقهاء المذاهب من أزمان بعيدة قاعدة (شرط الواقف كنص الشارع) . ودرج الأكثرون على أنه كنص الشارع فى الفهم والدلالة ووجوب العمل ، ومع غض النظر عن مناقشة تلك القاعدة فهى لا تتعارض مع القاعدة الأولى فى قليل ولا كثير . فمن المتفق عليه أنه يجب حمل كلام الشارع على ما أريد منه إما بقرينة أو عرف شرعى ، إلا أن من الخطأ البين أن نسلك دائما فى فهم كلام الناس ما نسلكه فى فهم كلام الشارع ونخضعه دائما لقواعد اللغة الفصحى ، وأن نعتمد دائما فى تحديد المراد منه على ما يعتمد عليه فى كلام الشارع وإن اختلفت الطبيعتان وتباينت الأعراف ووجدت القرائن الخاصة . وقد اغتر بعض المتأخرين بظاهر هذه القاعدة وأغرقوا فى تطبيقها وتناولوا من مسائل اللغة والأصول ما له اتصال وثيق بعبارات الواقفين وتطبيقها وأكثروا القول فى ذلك وأدمجت آراؤهم فى الكتب الفقهية وخاصة كتب الواقعات والفتاوى ، وجاء من بعدهم فاعتبروا كل ذلك فقها ، وكثيراً ما يتحدثون عنه على أنه المنصوص عليه فى المذهب أو الراجح من الأقوال الفقهية ، وقد يكون اتباع الكثير من ذلك غير متفق مع الحق والعدل ، وقد تناولوا الكلام فى مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة ، وفى الجمع بين المتعارضين وطرق الترجيح ، وفى نسخ المتأخر للمتقدم وفى أقل ما يصدق عليه الجمع المنكر أو المحلى بالألف واللام ، وأفاضوا فيما إذا وقع الاستثناء أو الوصف أو الشرط أو القيد بعد جمل متعاطفة بالواو أو ثم أو الفاء وأشباه ذلك ، وأكثروا من القول فى مرجع الضمير واسم الإشارة ، وسلك كثير من المتأخرين فى فهم شروط الواقفين على اختلاف عصورهم وأساليبهم وأعرافهم مايسلك فى فهم كتاب الله تعالى

وسنة رسوله مجرداً عن كل اعتبار ، وكثر حجاجهم وجدلهم فى فهم معانى هذه الشروط على هـذا الأساس الذى طغى فى أكثر المسائل على القـاعدة الفقهية العادلة المعقولة .

كما أن الفقهاء قديماً وحديثاً قد عنوا بتفسـير بعض الألفاظ الواردة فى كلام الشارع وفى كلام الواقفين كألفاظ : الصهر ، والختن ، والنسيب ، والقريب ، والآل ، والأهل ، وأهل البيت ، والجنس ، والولد ، والذرية ، والعقب ، والنسل ، والعزب ، والأرمل . وقد اختلف تفسـيرهم لهذه الألفاظ تبعاً لاختلافهم فى فهم السياق أو القرائن ، أو تبعاً لاختلاف الأعراف والأزمان ، ومع تطاول الزمن جمعت الـكتب الفقهية هذه الآراء مختلطة غير متميزة واعتبرتها فقهاً وسلك المتأخرون فى شأنها طرق التصحيح والترجيح والاختيار والتزموا تطبيق ما يختارون منها غير ناظرين إلى منشأ هذه الأفهام وأساس ذلك الاختلاف ولا ملتفتين إلى أن الأعراف والقرائن مختلفة ، وأن لـكل قول سياقه ووضعه ، ولـكل حادثة بساطها وقرائنها ، وأن لـكل زمان عرفه ولـكل مكان ما تعوده ، وأن مراعاة كل ذلك قد تقضى بقول يخالف كل ما قيل .

وقد كان لهذه الطريقة أثرها الواضح فى القضاء والإفتاء ومن يلق نظرة على الماضى القريب ير أن هذا المظهر قد أسبغ على الـكثير من أحكام المحاكم الشرعية رداء من الجفاف وعدم المرونة . حقاً لقـد بدأ تحول محسوس من زمن ليس ببعيد ، إلا أنه تحول غير شامل لا مصدر له إلا شخصية القـاضى أو المفتى ومقدرته وذوقه الفقهى وعدم مبالاته بما يلقى من المحيط الجامد ، وهذا قدر لا غناء فيه ولا كفاء ، وليس من الحـكمة الاعتماد عليه ، فـكان من الواجب حمل المحاكم على الرجوع إلى القاعدة الفقهية من غير نظر إلى ما قرره الفقهاء والمفتون فى مثل هذه المسائل ، لهـذا أوجب القانون أن يحمل كلام الواقف على المعنى الذى يظهر للقاضى أو المفتى أو غيرهما أنه أراده و إن لم يوافق ذلك ما قرره الفقهاء فى معانى هذه العبارات ودلالة تلك الألفاظ .

والمراد من كلام الواقف مجموع كلامه فى كتاب وقفه لا خصوص كلمة بعينها ولا عبارة بذاتها تقدمت أو تأخرت بل ينظر إلى مجموع كلامه كله كوحدة و يعمل بمـا يظهر أنه أراده منه وإن أدى ذلك إلى إلغاء بعض الكلمات أو العبارة التى يظهر من مجموع الكلام أن مدلولها لم يكن مراداً ، كإلغاء وصف أو عبارة تدل على التخصيص والتقييد حينما يتبين من مجموع هذا الكلام وحده أو بمعونة قرائن أخرى إن ذلك لا يريده الواقف ، وكتعطيل مقتضى العمـوم أو الإطلاق إذا تبين على هذا الوجه أن هذا غير مراد . و يعمل بدلالة المجموع أيّ دلالة كانت ، دلالة عبارة أو دلالة نص أو دلالة إشارة أو دلالة مفهوم و إن لم يتفق مفهوم المخالفة مع دلالات بعض الكلمات أو العبارات التى يعتبرها الأصوليون أقوى من دلالة المخالفة والشارع كما يرمى بأحكام هذه المادة إلى إقرار الوضع الصحيح يرمى أيضاً إلى التحلل بالقدر الممكن من عيوب التوثيق السابق ومساوئه .

ولم يرسم القانون طريقاً خاصة لاستظهار المعنى الذى أراده الواقف من كلامه لتكون لمن يعنى بتفسيره الحرية التامة فى الوصول إليه من أى طريق سليم ، فعليه أن يبحث عما يعين على ذلك من طريق الظروف والملابسات ، والسياق ومجموع الكلام ، أو أى قرينة أخرى مفيدة ، ومن طريق العرف الخاص أو العرف العام ، غير متقيد بأية قاعدة أصولية أو حكم فقهى فى ذلك أو معنى لغوى ، وكل ما عليه أن يبين ما اعتمد عليه بياناً واضحاً وافياً أما إذا لم يجد شيئاً من ذلك فلا مفر من تطبيق هذه القواعد .

ووفقاً لما جاء بالمادة ٥٦ تطبق أحكام هذه المادة على الأوقاف الصادرة بعد هذا القانون والأوقاف التى صدرت قبل العمل به ، فى الحوادث السابقة واللاحقة على حد سواء ، ومما يجب التنبه له أن حكم هذه المادة ليس فيه تغيير لشىء من التشريع الذى كان قائماً عند صدور القانون وليست إلا تقريراً لما يجب اتباعه من مذهب أبى حنيفة فلا محل لتقييد تطبيقها بأحكام المادة ٥٩ ، فلو أن ناظر الوقف اتباعاً لفتوى أو لفهمه هو ، أو أن المحاكم جرت فى وقف على أن القريب

الموقوف عليه لا يتناول غير الرحم المحرم ثم تبين من القرائن أو العرف أن الواقف يريد المحرم وغير المحرم فلمن كان ممنوعاً من استحقاقه من غير المحارم أن يطالب بنصيبه فى الغلات التى حدثت قبل العمل بهذا القانون لأن حقه كان ثابتاً من قبل ، لكن لا مناص من احترام الأحكام التى صدرت قبل العمل بهذا القانون فيا بين طرفى الخصومة طبقاً لأحكام المادة ٦٠ .

٤٧ — بهذا انتهى القول فى شرح القسم الأول من هذا القانون وهو الخاص بإنشاء الوقف وشروطه . وسأجمل هنا ما أراه فيه من ناحية الأحكام ومن ناحية الصياغة .

ا — فمن ناحية الأحكام أرى :

(١) أن يضاف إلى المادة الأولى جميع ما يتعلق بالوقف من التصرفات وخاصة التحكير ، والإذن بالبناء والغرس ، والإقرار بوقف أو تغيير أو رجوع أو استبدال سابق على صدور القانون .

(٢) أن يكون الاختصاص بسماع الإشهاد للمحكمة التى تتبعها الأعيان التى تكون محلا للتصرف أو أكثرها قيمة ، وعند تعدد التبعية وتساوى القيم يكون المتصرف بالخيار .

(٣) أن ينص على بطلان الوقف من غير المسلم على ما يكون فيه مُحَادَّةٌ للدين الإسلامى .

(٤) أن يسوى بين الوقف والوصية فى أحكام القبول والرد .

ب — ومن ناحية الصياغة أرى :

(١) قطعاً لأى لبس أن يضاف إلى المادة الأولى فقرتها الثانية التى سقطت عفواً .

(٢) أن تعدل عبارة المادة « ٥ » فى الوقف على الخيرات ، فقد ارتجلت بمجلس النواب ارتجالا وجاءت لاتؤدى المعنى المتفق عليه إلا بتعسف وتكلف ، فيجب أن يكون نصها : « وما عداه من الوقف على الخيرات يكون مؤقتاً ومؤبداً »

الرجوع عن الوقف

والتغيـــير فى مصارفه

مادة ١١ — للواقف أن يرجع فى وقفه كله أو بعضه كما يجوز له أن يغير فى مصارفه وشروطه ولو حرم نفسه من ذلك ، على ألا ينفذ التغيير إلا فى حدود هذا القانون .

ولا يجوز له الرجوع ولا التغيير فيما وقفه قبل العمل بهذا القانون وجعل استحقاقه لغيره إذا كان قد حـــرم نفسه وذريته من هذا الاستحقاق ومن الشروط العشرة بالنسبة له أو ثبت أن هذا الاستحقاق كان بعوض مالى أو لضمان حقوق ثابتة قبل الواقف .

ولا يجوز الرجوع ولا التغيير فى وقف المسجد ولا فيما وقف عليه .

ولا يصح الرجوع أو التغيير إلا إذا كان صريحاً .

***

ا — الرجوع عن الوقف

٤٨ — الرجوع عن الوقف معناه إنهاؤه و إزالة وصف الوقفية عن الموقوف وجعله حراً طليقاً من القيود التى رتبها عليه الوقف و إحداث وضع جديد له من وقت هذا الرجوع فحسب ، وسأتناول فى الكلام عن الرجوع ، من يملكه ، وما يمكن الرجوع عنه ، وشرط صحة الرجوع وأثره .

٤٩ — من يملك الرجوع : جعل القانون الرجوع حقاً مطلقاً للواقف ، فله أن يرجع عن وقفه متى أراد ، موسراً كان أو معسراً ، طرأت عليه حاجة أو لاحت له فرصة أو لم يكن شىء من ذلك ، نعم ان الباعث على إعطائه هذا الحق ، كما جاء بالمذكرة التفسيرية ، هو مراعاة ما قد يطرأ عليـه بعد الوقف من الضرورات ،

والرغبة فى التيسير على الناس ، ولكن مع هذا رؤى أن يعطى له هذا الحق مطلقاً خاضعاً لمجرد إرادته فحسب من غير تدخل فى شئونه الخاصة، وبدون بحث فيما يكون قد طرأ عليه أو دفعه إلى الرجوع صوناً لكرامته وتمكيناً له من التصرف بما يراه بدون كشف لأسرار أمواله ومعيشته .

وقد جعل له القانون هذا الحق ثابتاً مؤكداً لا يمكن إبطاله ، فلوحرم نفسه من هذا الحق باشتراطه ذلك فى عقدة وقفه أو تنازل عن هذا الحق بعد الوقف لم يصح شرطه هذا لأنه شرط مناف لمقتضى العقد وهو عدم اللزوم بالنسبة له ، وبطل تنازله لأن حقه فى ذلك لا يسقط بالإسقاط كما هو نص القانون فإن اسم الإشارة فى قول المادة (ولو حرم نفسه من ذلك) راجع إلى جميع ماسبقه من الرجوع والتغيير ، ولأداء هذ المعنى واضحاً عدل فى لجنة التنقيح عن صياغة هذه المادة على الوجه الذى كان بالمشروع الأول إلى الصياغة الحالية .

والرجوع عن الوقف تصرف أجازه القانون للواقف فهو من التصرفات الجائزة التى يصح التوكيل فيها ، فللواقف أن يباشر ذلك ، وله أن يباشره بمن شاء من الوكلاء ، وليس من شرط ذلك أن يكون بتوكيل خاص ولا أن يكون التوكيل حديث العهد ، وليس من باب التوكيل شرطه الرجوع لغيره ما دام هو حيا ، ويكون شرطه له باطلا كشرطه له أن يغير فى مصارف وقفه وشروطه وسيأتى الفرق ما بين الشرط والتوكيل فى شرح المادة ١٢

وإذا كان الواقف محجوراً لسبب من أسباب الحجر أو كان غائباً غيبة منقطعة لا يملك الوصى على المحجور ولا الوكيل عن الغائب الرجوع عن وقفه نيابة عنه بمقتضى الوصاية أو الوكالة . وقد اقترح بمجلس الشيوخ أن ينص على أن الرجوع لا يجوز من القيم والوكيل عن الغائب ، وبعد مناقشة ذكر فى أثنائها رئيس المجلس أنه سأل حضرة صاحب الفضيلة نائب المحكمة العليا الشرعية مندوب وزارة العدل عن ذلك فأفاده بأنهما لا يملكان الرجوع لأن ذلك يخالف أصول الشرع ، وسأل خلالها أحد الشيوخ ألا يملكان ذلك بموافقة المجلس الحسبى ؟ . فأجاب فضيلة

المندوب بأنه لا القيم ولا الوصى ولا المجلس الحسبى يملك الرجوع . فا كتفى المقترح بإثبات هذا التفسير فى المضبطة وزال بذلك اقتراحه[1] . وقد بحثت عن حكم ذلك فى مظانه من الكتب الفقهية المختلفة فلم أظفر بشىء خاص يتعلق بهذا الموضوع ، فليس أمامنا إلا الرجوع إلى المعنى و إلى طبيعة هـذا الحق . إن حق الرجوع فى الوقف حق منوط بالمشيئة والإرادة فهو بطبيعته حق شخصى للواقف لا ينوب عنه فيه من لا يعبر عن مشيئته الشخصية من وصى أو غيره ، ومتى رجعنا إلى ما قرره الفقهاء فى نظائره من المسائل المرتبطة بالمشيئة والإرادة وجدنا هذا المعنى واضحاً فقول فضيلة المندوب أن ذلك مخالف لأصول الشرع ـ إن صح أن هذا تعبيره ـ قول سليم فى معناه وجزم فضيلته أمام المجلس بأن الوصى والقيم والمجلس الحسبى لا يملكون الرجوع ليس مبنياً إلا على هذا المعنى والأخـذ منه لا على نص فقهى خاص .

وأياً ما كانت الحال فحق الرجوع قد وكله القـانون لإرادة الواقف وحده ولم يسنده إلى إرادة غيره و إن كان نائباً عنه نيابة شرعية ، أما الوكيل فليس إلا سفيراً ومعبراً عن إرادة الواقف ، فالرجوع على لسانه رجوع من الواقف نفسه لا من الوكيـل .

و بدهى أن الواقف ليس له مباشرة هذا الحق إلا إذا كان أهلاً له ، فإن لم يكن أهلا له لم يصح تصرفه ، فإذا وقف ثم طرأ عليه جنون أو عته يجعله بمنزلة المجنون لا يصح الرجوع منه لأنه ليس من أهل العبارة . و إذا وقف وهو رشيد ثم حجر بالسفه أو الغفلة وأراد الرجوع فى وقفه بعـد حصوله على الإذن بذلك ممن يملكه فأمر ذلك واضح ، فإنه بالإذن له بهذا الرجوع أصبح غير محجور فيه بخصـوصه — إن فرض أنه كان محجوراً بالنسبة له — فشأنه فى ذلك شأن غير المحجورين و يكون أهلا لهذا التصرف فيصح رجوعه . أما إذا أراد الرجوع من غير أن ينال هذا الإذن ، فإنى رغم البحث الطويل لم أظفر بحكمه منصوصا .

والسر فى ذلك بين ، فإن غير الحنفية القائلين بلزوم الوقف لا يعنيهم البحث فى ذلك والتفريعات فى مذهب الحنفية فى الوقف جارية على مذهب الصـاحبين

(١) مضبطة الشيوخ لجلسة ٤ أبريل سنة ١٩٤٤ ص ٦٠٦

القائلين باللزوم . ولكن القواعد التى قررها فقهاء الحنفية تعطي له هذا الحق متى جرينا على القول بعدم لزوم الوقف . فقد نصوا على أن المحجور بالسفه والغفلة أو الدين يكون فى أحكامه كصغير مميز وبالغ معتوه يعقل ، إلا فى مسائل ليست هذه منها ولا شبيهة بإحداها . ونصوا على أن تصرف الصبي والمعتوه اللذين يعقلان البيع والشراء يصح بلا إذن إن كان نافعاً نفعاً محضا ، وإن كان ضاراً ضرراً محضاً لا يصح وإن أذن به ، وما دار بين النفع والضرر يتوقف على الإذن ، وقرروا أن المراد من الضرر الضرر الدنيوى من غير التفات إلى النفع الأخروى كما فى الصدقة والقرض من ثواب (1) . ولا ريب أن الرجوع فى الوقف نافع نفعاً دنيوياً محضا ولا ضرر من ورائه فليس فى استطاعته إزالة ملك العين أو ترتيب حقوق عليها للغير بعد أن تصبح طليقة وهى كسائر أمواله الحرة ، والرجوع عن الوقف نافع نفعاً دنيوياً محضا فيكون أهلا له من غير حاجة إلى إذن . ونظير المحجور بالسفه والغفلة من بلغ الحلم عاقلا ولم يبلغ سن الرشد إذ هو محجور بمظنة السفه . فإذا وقف بعد الإذن له بذلك فله الرجوع عن وقفه من غير حاجة إلى إذن . وكذلك الحال فى الصبي العاقل إن ذهبنا إلى صحة الوقف منه بعد الإذن له بذلك .

وقد جعل هذا الحق للواقف وحده لا لغيره فإذا مات الواقف ولم يكن قد رجع عن وقفه أصبح لازماً بموته ، فليس لورثته ولا للموقوف عليه أن يرجعا فى هذا الوقف وإن شرط لهما الواقف ذلك ، فلو شرط فى وقفه أن لهما أو لغيرهما إبطال هذا الوقف والرجوع عنه بعد موته متى أرادوا ، أو شرط أن لوارثه أو للموقوف عليه بيعه وإنفاق ثمنه إن احتاج إلى ذلك كان شرطه باطلا لأنه شرط ينافى مقتضى العقد وهو اللزوم بعد موته ، وليس من الممكن أن نعتبر هذا الشرط منه نوعاً من أنواع توقيت وقفه ، لأن التأقيت الذى أجازه هذا القانون هو التأقيت بالطبقات وبانقطاع المصرف وبالمدة المعينة فحسب أما التأقيت بإرادة غيره أو بحاجته فإنه تأقيت بمجهول لم يشرعه هذا القانون .

---

(1) رد المحتار جـ ٥ ص ٩٦ ، ١١٣

٥٠ — ما يمكن الرجوع فيه — حق الواقف فى الرجوع عن الوقف من الحقوق التى تقبل التجزئة ، فله أن يرجع فى عقدة وقفه بالنسبة لما ورد عليه العقد جميعه ، وأن يرجع فيها بالنسبة لبعضه مع بقاء عقد الوقف قائماً بالنسبة للبعض الآخر ، فإذا وقف دوراً وأرضاً ومنقولا فله أن يرجع فى وقفها جميعها وله أن يرجع فى وقف واحد منها أو اثنين أو ما شاء واستبقاء الوقف فيما عدا ذلك . وإذا وقف أرضاً له على زيد أو على جهة بر ، كان له أن يرجع فى وقفها كلها كما له أن يرجع فى وقف بعض معين منها ، وإذا وقفها على زيد وعمرو وبكر وجعل لكل منهم حصة من العين مفرزة أو شائعة فله أن يرجع عن وقف ما وقفه على كل منهم أو على أحدهم وأن يرجع عن بضعه . وإذا وقفها عليهم ولم يجعل لكل منهم حصة فى العين ولكن جعل غلة الوقف بينهم بالسوية أو جعل لكل منهم سهماً معيناً فى الغلة أمكنه الرجوع فى الوقف بالنسبة لما وقف على بعضهم وإن لم تقسم العين بينهم ، فإن تعيين سهم من الغلة يكون بمثابة تخصيص حصة من الموقوف لكل منهم ، ويكون رجوعه عن الموقوف عليه رجوعاً عن حصة من العين الموقوفة بنسبة سهمه فى الريع إلى مجموع السهام ، والمرتبات فى نظر هذا القانون صارت بمنزلة السهام بوجه عام . وفى مثل هذه الأحوال يكون أمام الواقف طريقان للرجوع ، هذه الطريقة ، وطريقة أخرى هى أن يخرج من وقفه الموقوف عليه الذى يريد الرجوع فيما وقف عليه ويرجع عن الوقف فى مقدار ما كان يخصه وهذه الطريقة أيسر فى حالة ما إذا كان يريد الرجوع عما وقفه على من جعل له مرتباً أو سهماً فى غلة وقفه .

وللواقف الرجوع عن وقفه صدر قبل هذا القانون أو بعده أهلياً كان أو خيرياً ، أو كان بعضه أهلياً والبعض الآخر خيرياً ، أو جعله أهلياً ابتداء وخيرياً مآلا ، أو على العكس من ذلك ، مؤقتا كان أو مؤبداً ، كان وقفا على ذوى الاستحقاق الواجب أو على سواهم ، آل استحقاقه إلى غيره أو لم يؤل ، أحدث فيه الموقوف عليه منشآت وتحسينات أو لم يحدث شيئا من ذلك ، فالقانون قد أعطاه الحق

فى الرجوع عنه مطلقاً لا يختص بحال دون حال ، فمن وقف مستشفى ووقف عليه مايكفل إدارته ، له أن يرجع عن هذا الوقف ويجعله ملكا حراً طليقاله ويخرج منه المرضى والمواسين ، ولمن وقف أرضا له لتبنى عليها مدرسة أن يرجع عن وقفه وإن كانت المدرسة قد بنيت عليها وعمرت بطلابها وبمدارسة العلوم والفنون إلى غير ذلك من شتى الصور وإن لم تكن بالواقف حاجة إلى ذلك . هكذا أراد هذا القانون ! ! !

٥١ — وجواز الرجوع عن الوقف هو القاعدة والأصل فى نظر هذا القانون سواء أكان الوقف قد صدر قبل العمل به أم بعده ، غير أنه استثنيت الحالات الثلاث الآتية التى لا يجوز فيها الرجوع ، والأولى منها تستوى فيها الأوقاف السابقة والأوقاف اللاحقة أما الأخريان فهما خاصتان بالأوقاف السابقة وحدها دون الأوقاف اللاحقة وهذه الحالات هى :

أولا — وقف المسجد وما وقف عليه — فلا يصح للواقف أن يرجع فى وقفه إذا كان مسجداً ، سواء أكان قد وقفه قبل هذا القانون أم بعده . والمسجد شامل للمسجد الجامع الذى تقام فيه الجمعة والجماعة كالحرمين الشريفين والمسجد الأقصى والجامع الأزهر وغيرها من المساجد الجامعة ، وشامل للمساجد التى تقام فيها الجماعة ولا تقام فيها الجمعة كبعض المساجد الصغيرة والزوايا بالديار المصرية وشامل للمسجد العامر والمسجد المتخرب . واستعمال المسجد لدراسة العلم فى بعض الأوقات أو جميعها لا يخرجه عن المسجدية ولا يلحقه بالمدارس فهو مسجد وإن دامت الدراسة فيه ليلا ونهاراً حتى وإن غلب عليه اسم مدرسة . أما المدارس التى أنشئت للدراسة فحسب فلا تعتبر مساجد وإن أديت فيها الصلاة وأقيمت فيها الجماعة .

وكما لا يصح الرجوع عن وقف المسجد لا يصح الرجوع فيما وقف عليه ، وقف ذلك عليه قبل هذا القانون أو بعده . وماوقف على المسجد شامل لما وقف على إنشائه أو على عمارته أو على مصالحه وإقامة الشعائر فيه فكل ذلك لا يجوز الرجوع عنه ولكنه لا يشمل ما وقف على فقرائه أو على طلبة العلم فيه ونحو ذلك مما لا يكون وقفا على المسجد نفسه وإنما ذكر المسجد لتعيين الموقوف عليهم فحسب ، فما وقف على طلبة

الجامع الأزهر أو الجامع الأحمدى أو الدسوقى لا يندرج فيما وقف على المسجد ويصح الرجوع عنه متى توافرت الشرائط . وهو أيضاً شامل لما إذا كان وقفاً مستقلا أو بعض وقف ، كان هذا البعض حصة مفرزة أو حصة شائعة أو سهماً أو مرتباً معيناً أو فى حكم المعين كأن يشترط أن ينفق عليه من غلة الوقف ما يحتاج إليه فى عمارته و إقامة الشعائر به ، فكل أولئك لا يصح الرجوع عن وقفه لأنه مما يتناوله اللفظ و يصدق عليه أنه موقوف على المسجد .

وهو عام يشمل ما وقف عليه ابتداء أو بعد غيره آل الريع له حين الرجوع أو لم يكن قد آل إليه وليس من مفهوم الوقف على شخص أو جهة أن يكون الاستحقاق ثابتاً له حين الوقف ، والموقوف عليه هو من يكون من أهل الوقف كان مستحقا لغلة الموقوف ومتناولا لها بالفعل أو لم يكن بعد مستحقا ، هذا هو معنى هذه العبارة ومدلولها فى العرف الفقهى والقضائى ، ولا يوجد أى صادف يصرفها عن هذا المعنى ويقتضى تخصيصها ، بل أكد إرادة هذا المعنى الفقهى أن لجنة العدل التى وضعت هذا النص قالت فى تقريرها أنها استثنت « ما وقف على المسجد طبقاً للنصوص الشرعية » ومتى قارنا بين هذه الفقرة والفقرة الثانية وجدنا الفرق واضحاً ، فقد خالف الشارع بينهما فى العبارة لما أراد إناطة الحكم فى الفقرة الثانية بالاستحقاق وفى الثالثة بمجرد الوقف ولو أراد المساواة فى الحكم لما خالف بين العبارتين ولا ناطه فى الثالثة بالاستحقاق كما صنع فى الثانية وقال ولا فيما وقفه وجعل استحقاقه للمسجد ، والغرض من هذا الاستثناء هو صيانة المساجد وحماية حقوقها ، وفى الرجوع عن الوقف قبل أن يؤول الاستحقاق إليها رجوع عما وقف عليها و إضاعة لحقوقها ، فدلالة النص و إرادة الشارع ومقارنة النصوص وحكمة التشريع كل أولئك يدل على عموم هذا النص و إرادته من واضعه فلا تصغ بعد هذا إلى قول من يقولون أن المراد من هذا النص ما وقف على المسجد ابتداء أو من يدعون أن المراد منه ما كان استحقاقه للمسجد حين الرجوع ، فهؤلاء وهؤلاء يدعون التخصيص بلا مخصص و يعطلون النص من غير دليل مع

قيام ما يؤكد عمومه . ولكن هذا النص لا يتناول ما إذا انتهى استحقاق المسجد وخرج من أن يكون موقوفا عليه ، فإذ ذاك يصح الرجوع عن الوقف بلا ريب ، أما إذا بقى موقوفا عليه وإن كان غير مستحق فإن الواقف لا يملك الرجوع . فإذا وقف وقفه على أن يصرف ريعه فى بناء مسجد على أرض أعدها لذلك فإذا تم بناؤه صرف الريع فى مصارف أخرى فإنه لا يملك الرجوع فى هذا الوقف ما لم يتم إنشاء هذا المسجد لأن هذا الوقف موقوف عليه ، فإذا ما تم إنشاؤه كان للواقف حق الرجوع فيه لأن المسجد قد استوفى ما شرط له وانتهى الوقف عليه وصار الموقوف وقفاً على غيره فيملك الرجوع فيه . وإذا شرط احتجاز مقدار معين من الريع كل سنة ليبنى به هذا المسجد لم يكن له حق فى الرجوع عن وقف الحصة التى تغل هذا القدر من أعيان وقفه إلى أن يتم إنشاؤه فإذا تم كان له الرجوع عن وقفها ، ولو وقف على نفسه ثم جعل الريع من بعده كله أو بعضه لإنشاء هذا المسجد لا يملك الرجوع فيه أو فى بعضه أصلا ، لأن الرجوع إنهاء للوقف وإزالة لوصف الوقفية عن الموقوف أبداً من وقت صدور هذا الرجوع فيكون فى ذلك رجوع عما وقف على المسجد فلا يملكه وكذلك يكون الحال لو شرط كل الريع أو بعضه لعمارة مسجد معين أو لمصالحه أو لعمارة المساجد أو مصالحها ابتداء أو بعد غيرها فإنه لا يملك الرجوع أصلا عن جميع الأعيان الموقوفة أو الحصة التى تغل الريع المشروط ومن هذا يتضح أنه لا يصح الرجوع عن الأوقاف السابقة على القانون التى شرط الريع فيها بعد انقراض الموقوف عليهم للحرمين الشريفين أو لعمارة المساجد ، ذكر بعدهما مصرف آخر كالفقراء أو لم يذكر .

٥٢ — ثانيا — ما وقفه الواقف قبل العمل بهذا القانون وجعل استحقاقه لغيره فى الحالتين الآتيتين:

ولفظ « ماوقفه » كما يتناول جميع الأعيان التى ورد عليها عقد الوقف يتناول بعضها شائعا كان هذا البعض أو مفرزا ، فإذا وقف مائة فدان وجعل استحقاق عشرين منها لغيره مفرزة أو شائعة نظرنا إلى هذه العشرين وحدها ، وإذا وقفها

وجعل استحقاقها له ولغيره بالتساوى أو بالتفاضل نظرنا إلى حصة من الأعيان الموقوفة بنسبة استحقاق هذا الغير ، و إذا وقفها وجعل الاستحقاق لنفسه ولكنه شرط لغيره مرتبا معينا أو فى حكم المعين نظرنا إلى قدر ما يغل المرتب المستحق من الأعيان واعتبرناه هو الموقوف الذى جعل استحقاقه لغيره .

وما وقفه قبل العمل بهذا القانون لا يتناول سوى الوقف المنجز ولا يشمل المعلق بالموت ولا المضاف ولا ما أوصى بوقفه ، فإن هذه لا يتم وقفها فى حياته ، فالإيجاب فى المعلق والمضاف لا يتم حكمه إلا بعد الموت أما الموصى بوقفه فلم يحصل إيجاب بوقفه ، أما حكم ما لو شرط فى وقفه احتجاز جزء من الريع ليشترى بما يجتمع منه أعيان تلحق به فسيأتى فى التغيير لابتنائه عليه .

و « غيره » عام يشمل كل من عداه ، جهة كان هذا الغير أو من أهل الاستحقاق ، أهلياً كان الوقف عليه أم خيرياً ، وسواء أكان الغير من المصارف المنقطعة أم كان مصرفا لا يظن انقطاعه ، ويستوى ما إذا كان أهل الاستحقاق أجنبياً من الواقف أو كان من ولده ونسله ، أو كان قريباً له بقرابة أخرى ، أو كان زوجا له أو صهراً .

ووضع المسألة هو أن الواقف جعل استحقاق ما وقفه لغيره ، أى أن استحقاق الوقف جعل للغير ابتداء ، فإذا جعل استحقاقه لنفسه أولا لم يكن هذا من موضوع هذه المسألة وخرج عن دائرتها وكان للواقف حق الرجوع بإطلاق دون نظر إلى حرمان أو تعويض أو ضمان ، ومن البديهى أنه فى هذه الصورة قد جعل الاستحقاق من بعده لغيره لأن الكلام فى الأوقاف الصادرة قبل القانون وهى لم تكن إلا مؤبدة .

وجعل الاستحقاق للغير قد يكون من حين إنشاء الوقف وقد يكون بعده من طريق التغيير فى مصارف وقفه ، ولا بد أن يكون جعله الاستحقاق لغيره صحيحا ، فإن الأحكام إنما تدار على التصرفات الصحيحة ، فإذا غير فى وقفه وجعل استحقاقه لغيره على زعم أنه يملك التغيير فى مصارفه ولم يكن يملك ذلك كان تغييره أو ذاك باطلا فلا يمنعه من الرجوع أنه جعل الاستحقاق لغيره لأنه جعل غير صحيح .

والمراد من الاستحقاق استحقاق غلة الموقوف ومنفعته فحسب ، فإن هذا هو المعنىُّ عند الإطلاق في العرف الفقهي والقضائي وفي عرف هذا القانون نفسه ، فإذا جعل لغيره هذا الاستحقاق فقد تحقق وضع المسألة وإن لم يجعل له ما عدا ذلك من أنواع الاستحقاق كاستحقاق النظر والتغيير فى المصارف وأشباه ذلك .

والحالتان اللتان لا يكون للواقف فيهما حق الرجوع فى هذا الوقف هما :

الأولى — أن يكون قد حرم نفسه وذريته من هذا الاستحقاق ومن الشروط العشرة بالنسبة له . أى أنه لا يكفى لمنع الواقف من الرجوع فى وقف ما وقفه أن يكون قد جعل الاستحقاق من البداية لغيره بل لابد أن يجتمع مع ذلك أمور أربعة ، حرمانه نفسه من هذا الاستحقاق وحرمانه ذريته منه أيضا ، وحرمانه نفسه من الشروط العشرة بالنسبة لهذا الاستحقاق ، وحرمانه ذريته منها أيضا .

والحرمان من الاستحقاق معناه ألا يكون له حق فيه أصلا فى أى وقت وعلى أية حالة وهذا كما يكون من حين الوقف يكون أيضاً بطريق التغيير ، وقد اشترط حرمان الواقف نفسه من الاستحقاق لإخراج الحالة التى يكون فيها هذا الاستحقاق للواقف بعد هذا الغير ، فلو جعل استحقاق وقفه لزيد مدة حياته ومن بعده يكون الاستحقاق للواقف ، أو لو شرط صرف جميع الريع فى إنشاء مدرسة أو مستشفى وبعد إتمام ذلك يكون الريع له ، أو شيئاً من أشباه ذلك ، لم يتحقق هذا الشرط ، وكذلك يكون الحال فى حرمان ذريته من هذا الاستحقاق فلايتحقق الشرط إذا كان الاستحقاق ابتداء على ذريته أو على بعضهم أو كان ابتداء على غيره وغيرهم ولكن جعل لهم أو لأحدهم هذا الاستحقاق بعد هذا الغير ، ولو كان قد جعل وقفه على والده ثم على أولاده (أى والد الواقف) وذريته وقفاً مرتب الطبقات لا يمكن أن يقال فى هذه الصورة أنه قد حرم نفسه وذريته من الاستحقاق الذى يصيب إخوته وذريتهم ، لأن ما يخصهم حق لهم لا له هو وذريته حقيقة ولكنه لم يجعله لهم على وجه يتحقق معه الحرمان ، فمن الممكن أن يموت أحدهم عقيما قبله فيعود نصيبه إلى الباقين وهو منهم وكذلك الحال

فى ذريته ويكون الأمر أظهر لو شرط عود نصيب العقيم إلى إخوته وأخواته أو إلى أهل طبقته، أما إذا لم يكن هذا الوقف مرتب الطبقات فالأمر فيه أوضح، فما دام يعتبر من الموقوف عليهم هذا الاستحقاق ولو فى بعض الأحوال لا يصدق عليه أنه حرم نفسه منه، وكذلك الحال فى ذريته، والحكم فى ذلك يكون للأحكام التى تطبق حين صدور الوقف أو التغيير لا للأحكام التى تسن بعد ذلك لأن المدار على كونه صدر وفيه حرمان حين صدوره فيكون المرجع فيه لتلك الأحكام. أما إذا كان قد وقفه على وجه لا يمكن أن يرجع معه شىء من استحقاق إخوته وذريتهم فى حال من الأحوال إليه وإلى ذريته اعتبر استحقاقهم هذا استحقاقاً حرم منه نفسه وذريته فإذا توافرت بقية شروط هذه الحالة لم يكن له حق الرجوع فى وقف الأعيان التى تغل استحقاقهم ويكون له الرجوع فيما يوازى استحقاقه هو وذريته فحسب إذا لم يمنع من ذلك مانع آخر كأن ثبت أنه لم يكن المالك الحقيق لما وقف وأن ملكه كان لوالده الذى حمله على الوقف لضمان حقه قبله فإذن لا يجوز له الرجوع فى شىء من الوقف جميعه.

والشروط العشرة سيأتى بيانها فى الكلام على المادتين التاليتين غير أنه يعنينى أن أنبه هنا إلى أن من بينها شروط الاستبدال والإبدال والتبادل والحرمان من الشروط العشرة قد يكون بالامتناع عن اشتراطها فى عقدة الوقف فما كان أحد يملكها إلا إذا كانت قد شرطت له فى عقدة الوقف ، وقد يكون بإسقاطها والتنازل عنها بعد اشتراطها، ويستوى فى ذلك ما إذا كان إسقاطها بعبارة إنشائية أو من طريق الإقرار بأنه لا حق له فى شىء منها واعتبار إسقاطها طريقاً للحرمان إنما يتمشى مع ما استقرت عليه المحاكم الشرعية من أن الشروط العشرة تسقط بالإسقاط وهو التحقيق، إما على قول من يرى أنها لا تسقط بالإسقاط فإنه لا يكون طريقاً للحرمان منها ولا يكون هناك طريق له إلا عدم اشتراطها من الأصل أو انتهاء المدة التى شرطت فيها إن كان قد اشترطها لمدة معينة أو لأجل محدود. ومتى كان الحرمان غير معتبر شرعاً لا يعتد به ولا يسمى حرماناً لما بينا من قبل.

ولا يخل بتحقق هذا الشرط أن يكون قد اشترط فى عقدة الوقف هذه الشروط أو شيئاً منها لنفسه أو لذريته بالنسبة لاستحقاق آخر غير هذا الاستحقاق فلو أنه وقف مائة فدان وجعل استحقاق عشرين منها لغيره وغير ذريته أو جعل خمس الريع لهذا الغير وحرم نفسه وذريته من هذه الشروط بالنسبة لاستحقاق الغير ولكنه شرطها له أولهم فى الاستحقاق الآخر لم يؤثر ذلك لأن القانون لم يشترط إلا الحرمان منها بالنسبة للاستحقاق الذى جعل للغير .

ولا يتحقق هذا الشرط إلا إذا حرم نفسه من هذه الشروط جميعها ، فإذا حرم نفسه من بعضها واشترط أو استبقى البعض الآخر منها لنفسه لم يتحقق هذا الشرط وإن كان ما اشترطه أو استبقاه شرط الإستبدال وأخويه فقط ، وإذ ذاك يكون له حق الرجوع إن لم يكن ثم مانع آخر . إن من الناس من وقف قبل العمل بهذا القانون وقفاً خيرياً ولم يحتفظ فيه بالشروط العشرة جميعها فهذا لا حق له فى الرجوع والأمر فيه واضح ومنهم من احتفظ بالاستبدال وأخويه فقط وحرم نفسه من بقية هذه الشروط وهو القسم الأهم منها وهذا يملك الرجوع فى هذا الوقف إن لم يكن ثم مانع آخر وإن كان قد جعل استحقاقه لغيره وحرم نفسه وذريته منه ومن أكثر الشروط العشرة لأنه لم يحرم نفسه من الشروط العشرة بل حرم نفسه من بعضها فقط . وقد يبدو جواز الرجوع فى هذه الحالة نابيا ومجافياً للمعنى الذى يهدف إليه الشارع فى هذه الحال ولكنه معنى النص الجلى الذى لا يمكن التحلل منه بطريقة سليمة .

وقد يظهر بادى الرأى أنه ليس ثم ما يدعو إلى اشتراط حرمان ذريته من الشروط العشرة مع اشتراط حرمانه هو منها فإن هذه الشروط لا تثبت لغيره إلا إذا كانت ثابته له لأن الغير إنما يباشرها نيابة عنه ، ولكن النص على ذلك كان للاحتياط ولمواجهة اختلاف المحاكم فيما إذا شرط الواقف الشروط العشرة لنفسه ولغيره ثم أسقطها عن نفسه فقط وفيما إذا شرطها لغيره ونفاها عن نفسه فى عقدة الوقف ، فقد اختلفت فى ذلك وجهات النظر ومن المحاكم من ذهب إلى أنها لا تكون للواقف وتكون للمشروط له . فمن المتصور إذناً طبقاً لهذا الرأى أن يحرم نفسه

منها مع عدم حرمان ذريته منها فنص لذلك على اشتراط حرمانهم منها أيضاً مجاراة لهذا الرأى .

ومتى توافرت هذه الأمور جميعها لم يكن للواقف حق الرجوع واعتبر عمله قرينة قاطعة فى أن تصرفه هذا كان بسبب أمر يمنعه من الرجوع مما هو مبين فى الحالة التالية فلا حاجة إذن إلى تحقيق ولا طلب إثبات ، الأمر الذى قد يكون شاقاً بل متعذراً فى كثير من الأحيان . واكتفى بوجود هذا المظهر فى كتاب الوقف أو إشهاد التغيير لمنعه من الرجوع ، ودلالة هذا المظهر على المعنى المشار إليها لا تكاد تتخلف فى الأوقاف الأهلية ، وهى واضحة أيضاً فى كثير من الأوقاف الخيرية فقد يكون الموقوف فى الواقع قد جاء من تبرعات قام الواقف بجمعها أو جمعها هو وغيره ووكل إليه تنفيذ ذلك فوقف دون أن يشير إلى حقيقة الأمر وقد يكون الوقف تنفيذاً لوصية مورثه ، من غير إشارة إلى ذلك فى وقفه ، فالوقف فى مثل هذه الأحوال ليس فى الواقع وقفه ولم يكن هو إلا منفذاً لإرادة غيره . على أن التشريع إنما يراعى فيه الأعم الأغلب ، فإذا تخلف المعنى الذى كان من أجله فى بعض الأحايين فإن ذلك لا يقدح فيه .

وقد أثيرت مناقشة حول هذه الحالة بمجلس الشيوخ فى العرضة الأولى واقترح بعض الشيوخ حذفها والاكتفاء بالحالة الثانية وقالوا إن الخير كل الخير فى ألا نرسم للمحاكم طريق الإثبات والأفضل أن يترك للمحاكم تقدير الأدلة التى تعرض عليها لا أن نبين لها الأدلة المقبولة وغير المقبولة فى التشريع ، وما من شك أن فى المحاكم الضمان الكافى لحسن التقدير ، كما أن فى اتخاذ هذا المظهر قرينة قانونية منعاً للطرف الآخر من إثبات العكس لأن القرينة القانونية لا يصح إثبات عكسها وفى هذا إجحاف بحقه ، ولكن المجلس قرر رفض هذا الاقتراح واستبقى هذه الحالة [1] .

وطلب بمجلس النواب إدماج هذه الحالة والحالة الثانية وجعلهما حالة واحدة بمعنى أنه لا يمتنع الرجوع إلا إذا اجتمع ما هو وارد بالحالتين وطلب لذلك أن تستبدل

---

(١) الجلسة ٥٨ ص ١٠٠١ ، ١٠٠٢

عبارة (وثبت) بعبارة (أو ثبت) وطلبت إعادة المناقشة فى المادة لذلك ولكن المجلس لم يوافق على إعادتها[1] .

الثانية — أن يكون قد جعل استحقاق ما وقفه لغيره ، ولم تتوافر الشروط الواردة بالحالة الأولى ، ولكن ثبت أن هذا الاستحقاق كان بعوض مالى أو لضمان حقوق ثابتة قبل الواقف .

ومن صور هذه الحالة أن يقف ابتداء على جهة خيرية مدة معينة أو لغرض معين ويجعل الاستحقاق بعد ذلك لنفسه، أو يقف عليها ابتداء ، وتكون مما ينقطع، ويجعل الاستحقاق بعد انقطاعها لنفسه أو لذريته أو لبعضهم ، أو يقف على جهات بر متعاقبة لا تنقطع أو على جهة واحدة لا تنقطع ويشترط فى هذا الوقف لنفسه أو لنفسه وذريته أو بعضهم الشروط العشرة أو شيئاً منها أى شرط وإن كان الاستبدال ، أو يقف على ذريته أو بعضهم ابتداء ، جعل لنفسه شيئاً من الاستحقاق بعد ذلك أو لم يجعل ، شرط لنفسه أو لهم الشروط العشرة أو شيئاً منها أو لم يشرط ، أو يقف على إنسان أو جماعة مرتبين أو غير مرتبين ويجعل الاستحقاق بعدهم لنفسه أو لذريته أو بعضهم أو لم يجعل لنفسه ولا لهم شيئاً من الاستحقاق ولكن شرط لنفسه أو لهم أو لبعضهم الشروط العشرة أو شيئاً منها ، ففى هذه الصور وأشباهها لا يكون له حق الرجوع إذا ثبت أن هذا الاستحقاق انما جعل للغير ابتداء ، وإن كان من ذريته ، بعوض أو لضمان حقوق ثابتة قبله .

والعوض المالى هو المال وجميع الحقوق المالية التى لا يسميها الفقهاء مالا كالمنافع أو بعبارة أخرى هو المال فى عرف فقهاء القانون المدنى ، ويستوى أن يكون المال نقداً أو عقاراً أو منقولا أو دينا ، وقد اقترح بعض الشيوخ أن يستبدل بكلمة (مالى) كلمة (مادى) ولكن رؤى أن كلمة مالى أدق . ومن الواجب أن يظهر فى هذا التصرف معنى المعاوضة بين الواقف وغيره بمعنى أن الواقف إنما جعل له هذا الاستحقاق فى مقابلة مال أو حق مالى . ومن هذا يتبين أن القانون قد افترض

---

(١) جلسة ٣٠ يناير سنة ١٩٤٦

هنا أن العين الموقوفة كانت مملوكة للواقف حقيقة وأن غلتها نماء ملكه ، إذ بدون هذا لا يتم معنى المعاوضة . فلا بد إذن فى هذه الحال من أن يكون الموقوف مملوكا حقيقة للواقف فإن لم يكن مملوكا له حقيقة بل كان ملكه له صوريا فهو الذى يأتى فى الصورة الثانية .

ولا بد أن يكون الاستحقاق قد جعل للغير فى مقابلة عوض أما إذا كان ذلك محض تبرع منه قصداً إلى البر والصلة أو الصدقة فلا يكون الرجوع إذ ذاك ممتنعاً ، وكذلك لا يكون ممتنعاً إذا كان من جعل له الاستحقاق قد أسدى إليه معروفاً مالياً تبرعا منه وأراد هو فيما بعد مكافأته على ذلك الصنيع فجعل له استحقاقاً فى وقفه ، كالوقف على من أنفق عليه تبرعاً فى صغره أو أعانه وهو كبير فى ضائقته المالية ، فإن جعل الاستحقاق هنا لم يكن على سبيل المعاوضة ، وليس من الضرورى أن يكون العوض ممن جعل له الاستحقاق ، فقد يكون منه ، وقد يكون من بعض من جعل لهم كالأب يدفع المال فى مقابلة جعل الاستحقاق له ولذريته ، وقد يكون من غيره كمن يدفع المال نظير جعل الاستحقاق لذريته أو لزوجه أو لأقاربه أو لمن هو موضع عطفه وبره ، وليس ضروريا أن يكون العوض مماثلا لقيمة العين الموقوفة أو قريباً منها بل المدار على وجود العوض كان هناك تفاوت أو لم يكن ، قل هذا التفاوت أو كثر ، لأن القانون لم يشترط المماثلة واشترط مطلق العوض .

ولا بد أن يكون العوض مالياً ، فإذا كان العوض أدبياً محضاً كالإخلاص فى خدمة الواقف أو إنقاذ حياته أو الإنعام عليه برتبة أو نيشان وأشباه ذلك فالرجوع يكون جائزاً حتى وإن ثبت أنه قد روعى فى جعل الاستحقاق له معنى المعاوضة والمكافأة على هذا الصنيع ، وكذلك إذا كان العوض أمراً آخر غير مالى ، كمن أرادت الطلاق من زوجها ولها مال وأولاد منه فلم يقبل تطليقها إلا إذا وقفت ما تملك على أولادها منه ففعلت وتم الطلاق وثبت أنه لولا هذا لم يكن الطلاق ولا الوقف ، فإن هذه لا يمتنع عليها أن ترجع عن وقفها ، وكذلك لو كان الحامل على الوقف على هؤلاء الأولاد الرغبة فى استبقائهم بيدها وعدم انتزاع الوالد لهم

منها فاتفقا على الوقف وعلى سلوك حيلة تمنع من المطالبة بتسليمهم ، كان لها أيضاً أن ترجع فى هـــذا الوقف . ومن أمثلة العوض المالى ما كان شائعاً فى مصر من أن الواقف يحتاج إلى مال أو يركبه دين وليس له إلا ما وقفه فيعمد إلى إدخال آخر مستحقاً لريع وقفـه أو مستحقاً فيه نظير المال الذى يدفعه له أو الدين الذى له قبله . ومنها أن يكون للزوجين أو الأخوين أعيان مشتركة أو غير مشتركة فيقفانها فى عقدة واحدة على أنفسهما ثم من بعدهما على ذريتهما ونسلهما ، فلكل منهما أن يرجع فى وقفه بمقدار ما يصيبه هو وذريته وليس له أن يرجع فى مقدار ما يصيب الآخر وذريته لأنه كان فى مقابلة عوض مالى من الآخر هو استحقاق الآخر وذريته فيما وقفه . ومنها أن يجعل استحقاقاً معيناً فى وقفه لآخر وذريته نظير تعليم أولاده أو تربيتهم أو مراقبتهم إلى أن يبلغوا سناً معينة ، فلا يملك الواقف الرجوع فى ذلك إذا كان الموقوف عليه قد قام بهـذا العوض أو كان مستمراً فى القيام به على وجه مقبول أما إذا لم يقم به أصلا أو قام ببعضه وامتنع عن القيام بباقيه فإنه فى هذه الحال لا يكون له استحقاق هو ولا ذريته لعدم وفائه بالشرط وإذ ذاك يكون للواقف حق الرجوع لأن استحقاق الغير بطل . ومنها أن يجعل لجاره فى وقفه استحقاقاً فى وقفه نظير حق ارتفاق قرره له جاره على ملكه من دار أو أرض .

والمراد من ضمان الحقوق الثابتة قبل الواقف صيانة الحق المالى المرتبط بالعين الموقوفة وحفظه من الضياع ، وهذا الحق هو مايترتب على الملك الحقيقى ، فليس المراد أى حق مهما كان مالياً أو أدبياً ، فإن الحقوق الأدبية لا وزن لها فى هذه التصرفات المـالية ، ولا الحق المـالى الذى لا يتعلق بالعين الموقوفة ، فإن حكم هذا قـد تقرر فى حالة المعاوضة وإنما أريد بهذه الحالة بيان الحكم بالنسبة للأعيان الموقوفة إذا كان الواقف لايملكها إلا ملكا صوريا أما ملكها الحقيقى فهو لمن جعل له الواقف الاستحقاق فيها أو لمن أراد أن يجعل الاستحقاق فيها لغيره . فمن الناس من يبيع لآخر عيناً له ويكون المشترى راغباً فى وقفها على نفسه وذريته أو على غيرهم ويريد الفرار من الرسوم المقررة على تسجيل البيع ويكتفى بأن يقفها البائع على من يريد المشترى ،

فالملك فى الظاهر للواقف وهو فى الواقع للمشترى وباتفاقهما على الوقف وعدم إظهار البيع وشهره تقرر للمشترى قبل الواقف حق الإحتفاظ بغلة هذه العين لغيره وكان الوقف كفالة لهذا الحق وصيانة له فلا يملك حق الرجوع . ومن الناس من تقضى عليه ظروفه بألا يدخل فى مزايدة فيسخر آخر ليشترى بماله وليكون الشراء فى الواقع له وإن كان فى الظاهر لمن رسى عليه المزاد ثم يقف المشترى ما اشتراه على من اشترى له فى الواقع أو على من يريد الوقف عليه ، ومنهم أيضاً من يبيع داره أو أرضه لوالده أو ابنه أو قريبه أو صهره أو صديقه بيعاً صوريا فراراً من دين أو رغبة فى إكمال نصاب مشروط فى منصب أو عضوية فى مجلس ليحقق للمشترى الصورى غايته بينما الملك فى الواقع لصاحبه ثم يتفقان على أن يقفها المشترى الصورى على من يريد المالك الحقيقى الوقف عليه .

هذا هو معنى هذه العبارة التى قد يكون فيها شىء من الإجمال اقتضاه فن الصياغة كما كانوا يقولون ويرددون ، ولكن هذا هو المراد منها دون سواه ، وقد أشير إلى ذلك فى المذكرة التفسيرية إشارة واضحة كافية ، وهذا ما أوضحه المقرر بمجلس الشيوخ فى المرة الأولى ولم يلق إيضاحه اعتراضاً من أحد . وقد رغب بعض الشيوخ فى حذف هذه العبارة اكتفاء بما قبلها وهو تبين أن الاستحقاق كان بعوض مالى لأنه يحقق الغرض الذى ترمى إليه هذه العبارة فإن المالك الصورى إنما وقف على من يريده المالك الحقيقى بعوض مالى هو ثمن الشراء الذى دفعه فلا داعى لذكر هذه العبارة على أن يتوسع فى المذكرة التفسيرية بما يجعل العبارة الأولى شاملة لهذا المعنى شمولا وافياً ، وقد رد عليه بأن المعنى متفق عليه والاختلاف فى التفسير فقط ، ولا معنى للتجهيل والرجوع فى الفهم إلى المذكرة التفسيرية والواجب أن ينص على ما اتفق عليه فى متن القانون[1] وقد استبق المجلس هذه الصورة وخيراً صنع فإن المعاوضة المالية فى الملك الصورى قد لا تكون موجودة وقد يكون إدماج كثير من حالاتها فى المعاوضة تعسفاً محضا

(١) جلسة ٢٣ مايو سنة ١٩٤٤ ص ١٠٠١ ، ١٠٠٢

غير أنى كنت أفضل أن تكون هذه العبارة أوضح مما كانت ولكن هكذا كانت .

وقد أطلق الإثبات فى هذه الفقرة ليشمل الإثبات بأى دليل من الأدلة الشرعية المقررة فى قانون المحاكم الشرعية ، فلا يختص إثبات ذلك بدليل دون دليل ، ومن هذه الأدلة الإقرار ، فإذا أقر الواقف بأنه إنما جعل الاستحقاق لغيره فى مقابلة عوض مالى أو لضمان حق ثابت قبله بالمعنى السابق عومل بهذا الإقرار وامتنع رجوعه عن الوقف فى هذا الاستحقاق ، غير أنه مما يجب التنبه له أن الإقرار إنما يكون حجة على المقر وحده ولا يتعدى إقراره إلى غيره ولا يترتب عليه أثر بالنسبة له فإذا لجأ واقف إلى هذا الإقرار ليثبت أن ليس له حق الرجوع فى وقفه الذى صدر قبل العمل بالقانون توصلا إلى عدم احتسابه من ثلث ماله طبقاً لأحكام المادة ٢٣ أو فراراً من تطبيق أحكام المادتين ٢٤ و ٣٠ على هذا الوقف ، فإنه يعامل بهذا الإقرار فيمنع من الرجوع فيه ولكن هذا لا يمنع من احتسابه فى ماله ولا من تطبيق أحكام الأنصبة الواجبة على هذا الوقف إن لم يكن هناك مثبت آخر لذلك سوى إقراره فإن الإقرار حجة قاصرة لا تتعدى إلى الغير، وهو كمن صدقت الزوج فى تطليقها من تاريخ سابق فإنها تعامل بذلك فى حق نفسها كالنفقة ولا تصدق فيه بالنسبة لحق الله كالعدة ، وكمن أقر بنسب على غيره ، كالإقرار بأخ ، فإنه يعامل به فى حق نفسه ويرث المقر منه إن لم يكن له وارث معروف ، ولكنه لا يتعدى إلى غيره فلا يثبت به النسب على من أقر عليه ولا يبطل به حق وارث المقر . هذه هى القاعدة الفقهية المقررة وهى التى يجب العمل بها هنا كما يعمل بها فى غيره ، وهذا لا يتناقض مع ما هو مقرر فى المادة ٢٠ من بطلان الإقرار بالاستحقاق وعدم معاملة المقر به ، وفى المادة ٤٤ من بطلان الإقرار لغيره بالنظر على الوقف وبقاء الحق له فيه ، فإن كلامنا هنا فى إقرار صحيح ولكنه لا يتعدى ، أما ما فى هاتين المادتين فهو إبطال للإقرار من أساسه بالنسبة للمقر ولغيره بنص صريح . كما أنه لا يتصادم أيضاً مع ما جاء بالمادة ١٢٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من أن الإقرار الصادر بمجلس القضاء لا يتجزأ فلا يؤخذ

منه الضار بالمقر ويترك الصالح له بل يؤخذ جملة واحدة ويعتبر إنكاراً للدعوى ، وذلك لأن تلك المادة إنما تعطى حكم الإقرار فى الجواب عن الدعوى أمام القاضى ، والإقرار هنا قد يكون على هذا الوضع وقد يكون على غيره ، هذا إلى أن تلك المادة إنما تقرر حكم تجزئة كلام المقر بمعنى العمل ببعض كلامه وإهدار البعض الآخر ، وليست بصدد الكلام عن تعدى الإقرار وتجزئة الآثار المترتبة عليه إذا كان كلاما واحداً ، والفرق كبير جداً بين المعنيين وهو واضح أتم الوضوح .

ومتى توافر الشرط فى حالة من هاتين الحالتين وتبين أن الواقف لا حق له فى أن يرجع عن وقفه لا يكون فى استطاعته أن يتحلل من ذلك برد العوض الذى سبق أن أخذه جبراً على من سبق أن أداه إليه أو عن تراض منهما ولا باتفاق مع من يكون موجوداً من الموقوف عليهم ، وذلك لأن القانون قد سلبه حق الرجوع فى هاتين الحالتين ومنعه منه منعاً باتا ، حقاً إن الباعث على ذلك هو رعاية مصلحة الغير ولكن القانون لم ينط الحكم بذلك بل ناطه بتوافر الشروط الواردة به غير ناظر إلى شىء آخر وراء ذلك من رضا الموقوف عليه أو الاتفاق على فسخ المعاوضة التى تمت من قبل ولا رغبة الواقف فى فسخها من جانبه هو ، ولم يجعل من ذلك سبباً فى ثبوت الرجوع للواقف لا صراحة ولا دلالة ، ومع هذا النص القاطع ليس لكائن من كان أن يغير فى أحكامه ويثبت للواقف حقاً لم يثبته له ، على أن المفروض أن هذا فى الأوقاف السابقة على القانون وكلها مؤبدة ومن النادر جداً ألا يكون فى رضا الموقوف عليهم الموجودين إبطال لحق من سيوجد بعدهم من الموقوف عليهم لذلك أهدر القانون رضا الموقوف عليهم تماما ولو أنه أراد اعتباره لقيد ذلك بما إذا لم يرض به صاحب الحق كما فعل فى الأنصبة الواجبة مثلا ، وقد استفسر أحد الشيوخ عن الرجوع عند الاتفاق فأجابه المقرر بعدم الجواز كما سيجىء .

وبتوافر الشرط يمتنع الرجوع أيضاً وإن لم يكن الاستحقاق قد آل إلى من جعل الريع له نظير العوض كمن وقف على إنشاء مدرسة ثم على آخر وذريته نظير عوض فإنه لا يملك الرجوع لما فيه من الرجوع عن الوقف على من بعد المدرسة . ولكن

ذلك إنما يكون مابقى هؤلاء موقوفاً عليهم،أما إذا انتهى الوقف بانقراضهم فى حياته ولم يكن الاستحقاق لمن بعدهم نظير عوض كان له الحق فى الرجوع لأن الوقف فى ذلك الوقت أصبح خارجاً عن هذه الحالات.

٥٣ — ثالثاً : *الأوقاف التى صدرت قبل العمل بهذا القانون وقد حكم بلزومها حكماً نهائياً* ، فقد نص فى المادة ٦٠ على أن الأحكام النهائية التى صدرت قبل العمل بهذا القانون فى غير الولاية على الوقف تكون نافذة بالنسبة لطرفى الخصومة ، ولو خالفت أحكام هذا القانون ، والحكم الصادر بلزوم الوقف حكم فى غير الولاية ، والمفروض أن الواقف لايزال حياً ، فالحكم باللزوم يكون صادراً عليه قطعاً والمحكوم له باللزوم هو جهة الوقف فهو نافذ بالنسبة للواقف وللوقف وإن كان مخالفاً لحكم المادة ١١ التى تعطى الواقف حق الرجوع ، ويستوى أن يكون اللزوم قد حكم به قصداً واستقلالا أو حكم به ضمناً ولم يصرح به فى منطوق الحكم ولكن كان الحكم بما صرح به متوقفاً حتما على اللزوم ، فلو أنه كان قد وقف قبل هذا القانون وقفاً ليس له فيه حق التغيير فى مصارفه ثم رغب فى تغييره فرجع عنه وأنشأ وقف الأعيان الأولى وقفاً جديداً على مصارف وشروط أخرى متجاهلا الوقف الأول فحصل نزاع فى صحة الوقف الثانى وتمسك هو بصحته بناء على صحة رجوعه عن الوقف الأول فلم تأخذ المحكمة بوجهة نظره وحكمت ببطلان الوقف الثانى كان ذلك حكماً ضمنياً بلزوم الوقف الأول لأن الحكم ببطلان الثانى لم ين إلا على اعتبار الوقف الأول لازماً ولو أنه رجع عنه ولم يقف هذه الأعيان ولكنه باعها وحكم ببطلان البيع للزوم الوقف الأول كان حكماً ضمنياً باللزوم ، ولو أنه رجع ولم يقف ولم يبع ولكنه منع الاستحقاق عن مصرفه فخوصم فى ذلك فتمسك بأنه رجع عن وقفه فحكم عليه بأداء الاستحقاق لمستحقه كان ذلك حكماً ضمنياً باللزوم ، وهكذا فى كل حادثة كان فيها الرجوع موضع نزاع أمام القضاء وحكم بما يتوقف الحكم به على اللزوم . أما إذا حصل نزاع فى صحة الوقف لسبب من الأسباب التى تقتضى عدم صحته فحكم بصحته فحسب فإن ذلك لايكون حكماً بلزوم الوقف لأن

صحة الوقف لا تتوقف على اللزوم كما أنه ليس لازماً من لوازم الصحة ، فالوقف غير اللازم صحيح أيضا كاللازم ، وكذلك لو حكم للمستحق باستحقاقه ولم يكن الرجوع محل نزاع فى التقاضى لم يكن ذلك حكما باللزوم ، لأن الوقف وإن كان غير لازم يجب صرف الريع فى مصرفه ، ولا عبرة بما زعمه ابن الغرس فى الفواكه البدرية من أن الحكم بصحة الوقف حكم بلزومه .

ويجب أن يكون الحكم باللزوم صادراً فى نزاع حقيق . أما إذا كان النزاع صوريا وكان ظاهر الأمر غير باطنه فإن الحكم يكون لغواً وليست له قيمة ، فماجاء فى بعض الأوقاف القديمة من أن الواقف بعد تمام الوقف أظهر الرجوع فى وقفه فأذن القاضى آخر بمخاصمته فخاصمه فى مجلس الوقف وقضى على الواقف بلزوم الوقف لايروى نزاعا جديا وإنما هو نزاع صورى والحكم الصادر فيه لغو لاقيمة له فلوأن الواقف كان حياً وأراد الرجوع فى هذا الوقف لم يمنعه هذا الحكم من الرجوع ، وأدخل من هذا فى البطلان ما ورد فى بعض الأوقاف من أن المأذون بسماعه عرضه على القاضى فحكم بصحته من غير إشارة إلى رجوع وإذن بمخاصمة ونزاع وفصل فى هذا النزاع[1] .

٥٤ — شروط صحة الرجوع : متى كان للواقف حق الرجوع عن وقفه وأراده ، فمن الواجب أن يتوافر فى رجوعه أمران ليكون رجوعاً صحيحاً يعتد به فى نظر هذا القانون :

الأول — أن يكون رجوعاً صريحاً ، بمعنى أن يصدر منه قول دال على الرجوع صراحة ، فلا عبرة بما يصدر منه من الأقوال والتصرفات التى تحتمل الرجوع وتحتمل غيره ، ولا عبرة بالرجوع الضمنى الذى تنطوى عليه تصرفاته ، فلو أنه وقف أرضاً له على مدرسة مثلا وكان له حق الرجوع عن هذا الوقف فامتنع عن صرف الريع إلى المدرسة ، وقال لآخر خذه لنفسك أو استولى هو عليه لنفسه

---

(١) أنظر الوقف الصادر بمحكمة مصر الابتدائية فى ٢٠ ربيع الثانى سنة ١٢٦٦ والوقف الصادر بها فى ٢٤ ذى الحجة سنة ١٢٧٥

لا يعتبر عمله هذا رجوعاً عن الوقف وإن كان ما صدر منه محتملا للرجوع عن الوقف ، ولو أنه باع هذه الأرض أو رهنها من غير أن يصرح بالرجوع لايعتبر عمله هذا رجوعاً وإن كان تصرفه متضمناً له وكان قد صدر بهذا البيع أو الرهن إشهاد على الوجه المبين فى هذا القانون وكذلك لو أنه تجاهل هذا الوقف ووقف أعيانه وقفاً جديداً مبتدأ لم يصرح فيه بأنه رجوع عن وقفه السابق .

الثانى — أن يصدر بهذا الرجوع الإشهاد المبين بالمادة الأولى من هذا القانون إذا كان هذا الرجوع قد حدث بعد العمل به ، كان رجوعاً فى وقف سابق على القانون أو رجوعاً فى وقف صدر بعده، فما لم يصدر به هذا الإشهاد لم يكن صحيحا فإذا تقدم الواقف لمحكمة التصرفات أو لرئيس المحكمة يطلب سماع الإشهاد بالرجوع وقرر فى المادة أو فى أوراق الطلب أنه رجع فعلا عن الوقف ثم عدل عن المادة أو عن الطلب فى أى مرحلة من المراحل قبل سماع الإشهاد منه أو توفى قبل ذلك فإن هذا لا يعتبر رجوعاً صحيحاً لأن الرجوع وإن كان قد حصل منه أمام هيئة رسمية إلا أن الإشهاد لم يقع وهو شرط الصحة ، وهو لا يتحقق إلا بالسماع نفسه ولا يغنى عنه شىء من الإجراءات التى تسبقه وإن كانت جميعها قد تمت وصدر قرار بالموافقة على سماع الإشهاد فعلا لأن الإشهاد بذلك لم يحصل . أما إذا تمت الإجراءات وسمع الإشهاد ثم عدل عنه الواقف أو توفى قبل ضبطه فإن ذلك لا يمنع من ضبطه الذى يتم به الإشهاد .

أما إذا كان الرجوع عن الوقف قد حصل قبل العمل بهذا القانون فليس من شرط صحته أن يصدر به هذا الإشهاد فقد بينا من قبل أن المادة الأولى لا تسرى إلا على ما يحدث من التصرفات الواردة بها من وقت العمل بهذا القانون ولا تسرى على الحوادث السابقة .

٥٥ — أثر الرجوع عن الوقف والحق فيه : أما الحق فى الرجوع فإنه أثر من أظهر آثار عدم اللزوم . وهذا القانون لم يأخذ بكل الآثار المترتبة على اللزوم بل أخذ منها بالرجوع والتغيير دون الآثار الأخرى ، فما دام الواقف لم يرجع فى وقفه

فليس له أن يبيعه ليأخذ الثمن لنفسه ولا أن يهبه ولا أن يتصدق به ولا أن يرهنه ، وليس لدائن الواقف أن ينتزع شيئا من أعيانه لقضاء دين ثبت له على الواقف بعد أن وقف ، وما لم يرجع عن الوقف أو يغير فى مصارفه تكون منافع الوقف وغلاته حقاً للمصرف الذى عينه الواقف فى وقفه وليس له أن يمنعها عنه ، فهو قبل الرجوع والتغيير كالوقف اللازم فيما عداهما . وإذا لم تكن لهذا القانون نصوص صريحة فى ملك رقبة الوقف فى حياة الواقف فأحكامه واضحة فى أن ملك الواقف لم يزل عنه ، ولكن هذا لا يتعين أن يكون أثراً لعدم اللزوم دون غيره فهو يجتمع مع اللزوم أيضا عند غير الحنفية كما سنبين ذلك فيما بعد ، فبقاؤه على ملكه لا يتعارض مع هذه الآثار لأن ملكيته لرقبة الموقوف ملكية ناقصة وهو محمل بعبء الوقف من حبس الأصل وتسبيل الثمرة . ومن الآثار القانونية التى أنيطت بالحق فى الرجوع ثبوت الحق فى توقيت الوقف الصادر قبل هذا القانون طبقاً للفقرات الثلاث الأولى من المادة الخامسة ، أما من ليس له حق الرجوع فى وقفه فإنه لا يملك هذا التوقيت ، ومنها احتساب الوقف فى تقدير مال الواقف عند موته ، أما إذا لم يكن له فيه حق الرجوع فإنه لا يدخل فى تقدير ماله كما هو صريح الفقرة الأولى من المادة ٢٣ ، ومنها تطبيق أحكام المواد ٢٣ ، ٢٤ ، ٢٥ ، ٢٧ ، ٣٠ على الأوقاف الصادرة قبل العمل بهذا القانون وكان واقفوها أحياء كما هو صريح المادة ٥٦ أما من ليس له حق الرجوع لوجود حالة من الحالات الاستثنائية السابقة فإن أحكام هذه المواد لا تطبق إذ ذاك كما هو صريح الفقرة الثالثة من المادة ٥٧

أما نفس الرجوع عن الوقف ففى طليعة آثاره زوال عبء الوقف (التحبيس والتسبيل) عن الموقوف وأن يصبح حراً طليقاً ، لمالكه أن يتصرف فيه كما يشاء وتكون غلاته ومنافعه حقاً خالصا له على أنها نماء ملكه الحر . ولكن هذا الوضع الجديد ليس له أثر رجعى ، فليس الرجوع عن الوقف إبطالا له من حين إنشائه ورفعا له كأن لم يكن أصلا ، بل هو كغيره من العقود الصحيحة النافذة غير اللازمة ليس للرجوع فيها أثر إلا من وقت حصوله فحسب ، فليس له متى رجع

عن وقفه أن يطالب الموقوف عليه بما أخذه من الغلات أو ببدل ما استوفاه من المنافع لأنه ملك ذلك أو استوفاه بسبب صحيح ، وإذا كان المتولى عليه قد حدثت فى يده غلة قبل الرجوع ولم يقبضها المستحق قبل الرجوع كانت حقا للموقوف عليه ووجب عليه أن يؤديها له .

وإذا رجع الواقف عن وقفه رجوعاً صحيحاً وكان الموقوف عليه أو من يمثله أو من يلى أمر الوقف قد بنى على الموقوف أو غرس فيه أشجاراً أو أحدث فيه إصلاحات وتحسينات كعمارة المبانى الموقوفة وتحسين وضعها وشق الترع والمصارف وبناء مخازن للمحصولات وعزب لسكنى الزراع وأشباه ذلك فإن ملكية المحدثات وما يجب من التعويض عما أجرى من الإصلاحات والتحسينات يكون النزاع الذى يدور حولها خاضعاً لأحكام القواعد العامة التى تطبق فى أمثال هذه الأحوال وقد أثار أنصار عدم الرجوع هذا الموضوع كعقبة من العقبات التى تمنع منه ، وكان رد وزير العدل ما ذكرنا [1] .

وإذا كان الموقوف الذى رجع الواقف عن وقفه عقاراً وجب شهر هذا الرجوع بطريق التسجيل وما لم يحصل هذا التسجيل لا تزول عن العقار صفة الوقف ولا ينحط عنه هذا العبء ، غير أنه يكون للواقف قبل التسجيل جميع الحقوق التى يرتبها له الرجوع ما عدا زوال الحق العينى عن العقار الموقوف ، فللواقف أن يتسلم العقار إن لم يكن فى يده ، وله أن يستولى على غلاته ومنافعه لنفسه إلى غير ذلك من الآثار المترتبة على الرجوع وإن كان وصف الوقفية لم يزل عنه فلا يملك بيعه كما تقضى بذلك أحكام المادة التاسعة من القانون رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ الصادر بتنظيم الشهر العقارى وما جاء بمذكرته الإيضاحية [2] .

---

(١) جلسة ٣ أبريل سنة ١٩٤٤ (٢) ص ٥١ ، ٥٢

ب — التغيير فى مصارف الوقف وشروطه

٥٦ — قد بينا من قبل معنى مصارف الوقف وشروطه ومدى التغيير فيها فنكتفى هنا بتوجيه النظر إلى ذلك[١]. والقانون قد أعطى الواقف الحق فى تغيير المصارف والشروط فحسب ، فالنص هنا لايتناول ما وراء ذلك ، فلا يتناول التغيير فى الموقوف ، وهو يكون من طريق الاستبدال ، فالاستبدال لا يثبت للواقف بحكم القانون و إنما يثبت له بالاشتراط فى عقدة الوقف كما سيأتى فى الشروط العشرة . وقد أعطاه أيضاً الحق فى تغيير الشروط أى شروط كانت ، تعلقت بالمصارف أو لم تتعلق بها ، كالتغيير فى شروط النظر وتعيين أرباب الوظائف وعزلهم ، وفى الشروط المتعلقة بطرق الاستثمار والعمارة ، ولكنه لم يعطه إلا التغيير فيما سبق له أن اشترطه فى عقد الوقف ، أما اشتراطه لشروط جديدة لا يعتبر إلحاقها بوقفه تغييراً فيما سبق اشتراطه فلا تتناوله هذه المادة ولا يملك منه إلا ما ينص مذهب الحنفية على أنه يملكه.

ولم ينص فى هذه المادة على أن للواقف الحق فى تكرار التغيير لعدم الحاجة إلى ذلك فإن القانون قد أثبت له الحق فى الرجوع والتغيير على أساس أن عقد الوقف وما اشتمل عليه من المصارف والشروط غير لازم بالنسبة له كما أوضحت ذلك المذكرة التفسيرية فى جلاء ، وثبوت حقه فى ذلك بناء على هذا الأساس يعطيه الحق فيه كلما أراد فله أن يكرره متى شاء ولا يستقيم أن يسلك فى فهم هذا النص مايسلك فى فهم الشروط العشرة لاختلاف المصدر الذى يستمد منه الحق فى كلتا الحالتين ، فمصدر الحق الناشىء عن الشروط العشرة ليس إلا إرادة الواقف المحضة التى يعبر عنها شرطه فى العقد فمتى دل هذا الشرط على الحق فى التكرار ثبت و إن لم يدل عليه لا يثبت ، أما المصدر هنا فهو إرادة الشارع التى يعبر عنها الأساس المذكور الذى يدل على أنه أراد إعطاءه الحق فى التغيير كلياً أو جزئياً كلما أراد .

---

(١) ص٥٧

وقد ذكر التغيير فى الفقرتين الثانية والثالثة من المادة مجرداً عما تعلق به فى الفقرة الأولى وهذا الاختصار لا أثر له ولا يغير المعنى فالسياق واضح فى أن المراد به التغيير المعهود الوارد بالفقرة الأولى ، وهو التغيير فى المصارف والشروط .

والكلام فى التغيير يتناول من يملكه ، وما يمكن التغيير فيه ، وشرط التغيير وأثره .

٥٧ — من يملك التغيير : قد أعطى القانون للواقف حق التغيير فى مصارف وقفه وشروطه ، وهو حق ثابت له بقوة القانون لا يتوقف ثبوته له على اشتراطه فى عقد الوقف كما كان الأمر من قبل ، وقد جعله القانون كحق الرجوع ثابتاً أكيداً لا يسقط بالإسقاط ولا يبطله التنازل ولو اشترط الواقف فى وقفه ألا يكون له هذا الحق كان هذا الشرط غير صحيح لأنه شرط غير جائز بمقتضى أحكام هذا القانون فقد نص على ثبوت هذا الحق له و إن حرم نفسه منه .

وللواقف أن يباشر هذا التغيير بنفسه أو بوكيله ولكن لا يقوم وكيل الغائب وقيم المحجور مقامهما فى هذا الحق ، والقول فى ذلك كالقول فى حق الرجوع وقد مضى مُفصّلاً فلا أطيل بإعادته .

والواقف يملك هذا الحق إذا كان كامل الأهلية ، أما إذا كان مجنوناً أو معتوهاً لا يعقل أو صبياً غير مميز فإنه لا يملك ذلك لأنه ليس من أهل التصرف ، أما المحجور بالسفه ومن فى حكمه فلا أعرف فيهما حتى الآن نصاً خاصاً وليس أمامى إلا القواعد العامة ، كما قدمت فى الرجوع ، ومقتضى النظر أنه إذا كان التغيير بجعل الغلة لغيره بعد أن كانت له لا يملك ذلك و إن أذن به لأنه تبرع وتصرف ضار ضرراً محضاً ، و إن كان بجعل الغلة لنفسه بعد أن كانت لغيره فإنه يملكه من غير حاجة إلى إذن لأنه تصرف نافع له نفعاً محضاً ، و إن كان بصرف الغلة التى لم تكن له إلى مصرف آخر سواه ، أو كان تغييراً فى شروط لا يعتبر تغيرها تغييراً فى المصارف فالذى يظهر لى أنه لا يملكه بدون إذن لأنه و إن لم يكن تبرعاً مبتدأ ولا ضاراً ضرراً محضاً تصرف يدور بين الأمرين وهو على كل حال تصرف

متصل بالمال وهو محجور عن التصرف فى المال ومايتصل به فلايملك ذلك إلا بإذن .

وقد أعطى هذا الحق للواقف وحده ، أما غير الواقف فإن القانون قد تناول حكم تغييره إذا كان هذا التغيير مما يدخل فى نطاق الشروط العشرة ، وأحكامه فى هذا تقضى بأنه لا يملك هذا النوع من التغيير وإن شرطه الواقف له كما سيجىء ، ولم يتناول حكم ماوراء ذلك من التغيير فبقى خاضعاً للراجح من مذهب أبى حنيفة وهو يقضى بأن غير الواقف لا يملك تغييراً إلا إذا شرطه الواقف له فى عقدة الوقف وأنه إذا شرط له ذلك وجب العمل بشرطه ، فلو أن الواقف شرط لغيره مثلا التغيير فى شروط النظر على الوقف وطرق إدارته عمل بشرطه هذا فليس فى القانون مايمنع من ذلك .

٥٨ — ما يمكن التغيير فيه : للواقف الحق فى تغيير مصارف وقفه وشروطه ، فله أن يغير المصارف كلها أو بعضها وله أن يغير الشروط كلها أو بعضها ، وله أن يغير كلا النوعين كلاً أو بعضا ، فكل هذا مما يصدق عليه أنه تغيير فى المصارف والشروط . وله التغيير فيما وقفه قبل القانون وما وقفه بعده على حد سواء ، أهليا كان ذلك الوقف أو خيريا أو مركبا منهما ، مفرزاً كان أو شائعا ، مؤقتا أو مؤبداً ، آل استحقاقه إلى غيره أو لم يؤل ، إلى غير ذلك مما يقتضيه عموم النص وإطلاقه على النحو الذى بيناه فى الرجوع .

وجواز التغيير من الواقف كرجوعه هو القاعدة والأصل فى نظر هذا القانون ، وما استثنى فى هذه المادة من أحوال الرجوع مستثنى أيضا فى حق التغيير .

فليس للواقف أن يغير فى مصارف وشروط ما وقفه قبل العمل بهذا القانون وجعل استحقاقه لغيره إذا كان قد حرم نفسه وذريته من هذا الاستحقاق ومن الشروط العشرة بالنسبة له ، وليس له التغيير أيضاً إذا ثبت أن هذا الاستحقاق كان بعوض مالى أو لضمان حقوق ثابتة قبل الواقف وإن كان قد شرط لنفسه هذا الحق فى عقدة الوقف ، فليس له التغيير فى المصارف والشروط أى شروط كانت فى صورة الحرمان من الاستحقاق ومن الشروط العشرة ، وليس له التغيير فى الشروط

والاستحقاق الذى كان للضمان أو كان نظير عوض مالى ، فإذا كان استحقاق الوقف فى فترة نظير عوض وفيما عدا ذلك لم يكن نظير عوض لم يكن له حق التغيير فى المصارف والشروط بالنسبة للاستحقاق ذى العوض وله أن يغير فى غيره كما يشاء ، وقد قدمنا فى الرجوع القول مفصلا فى هذه الصور وجميع ما قيل هناك يقال هنا على السواء ، غير أن هنا مسألة تحتاج إلى إيضاح ولا يكفى فيها ماسبق فى الرجوع ، وهى مسألة مالو شرط فيما وقفه قبل هذا القانون احتجاز جزء معين من الريع كل سنة مثلا على أن يشترى بما يجتمع من ذلك أعيان تكون موقوفة وملحقة بوقفه أو جعل لها مصرفاً آخر ، وكان وقفه الأصلى مما لا يملك التغيير فى مصارفه وشروطه ، فهل يملك التغيير فى مصارف وشروط ما يشترى من الريع ويكون موقوفاً أو لايملك ذلك ؟ أما ما اشترى طبقاً لهذا الشرط وتم وقفه قبل العمل بهذا القانون فلا شبهة فى أنه لايملك التغيير فى مصارفه وشروطه لانطباق النص عليه أتم انطباق ، أما ما اشترى أو يشترى طبقاً لهذا الشرط بعد العمل بهذا القانون فقد يقال أن له الحق فى تغيير مصارفه وشروطه لانعدام وضع المسألة والشرط الأساسى فيها وهو أن يكون الموقوف قد وقف قبل العمل بهذا القانون ، وشرط الواقف هذا لا يمكن اعتباره وقفاً لما يشترى ، فإن من شرط صحة الوقف أن يكون الموقوف ملكا للواقف حين الوقف ، ولا يتحقق وقفه إلا حين شرائه بالريع المشروط لاقبل ذلك ، قد يقال هذا ولكن النظر الصحيح يقضى بأنه لايملك التغيير فى مصارف هذه العين لأنه لايملك التغيير فى مصرف الريع الذى تشترى به وقد جعل مصرفه عيناً تشترى وتوقف ويصرف ريعها على الوجه الذى شرطه ، فالتغيير فى مصرف هذه العين تغيير فى الحقيقة لمصرف الريع المشروط وهو لايملكه فامتنع عليه ذلك نظراً لما يؤول إليه فى حقيقة الأمر ، ومن باب أولى لا يجوز له الرجوع فى وقف هذه العين وإن كانت موقوفة بعد العمل بالقانون لأن الرجوع تغيير بين فى مصرف الريع الذى اشتريت به ، وهو لا يملكه فامتنع عليه الرجوع لهذا المعنى ، كما أن حكمة التشريع وهى دفع الضر عن الناس

وحمايتهم من التغرير بهم فيما صدر قبل القانون تؤيد هذا أتم التأييد .

وليس للواقف التغيير فى وقف المسجد فليس له أن يجعل المسجد مدرسة أو مستشفى أو مستغلا يصرف ريعه فى مصرف أهلى أو خيرى ، وليس له أيضاً أن يغير فى شروط وقف المسجد أى شرط كان ، وإن كان شرط نظر أو عمارة أو غير ذلك من الشروط التى لا تؤثر فى مسجديته ، هكذا يقضى عموم النص ولا يوجد ما يدل على التخصيص وإن كانت الحكمة فى ذلك غير واضحة ، وعدم وضوحها لا يصلح أن يكون دليلا على التخصيص، إذ ليس فى ذلك ضرر يلحق المسجد من وراء هذا ومصلحته مكفولة بالولاية العامة ، والمقام يعين أن الكلام فى تغيير الواقف فلا يحول هذا النص بيننا وبين العمل بالنصوص الأخرى لحق ولى الأمر فى جعل بعض المسجد طريقاً إذا ضاق طريق العامة . وليس له أن يغير فيما وقف على المسجد آل إليه الاستحقاق فعلا حين التغيير أو لم يؤل إليه بعد وإن كان قد شرط لنفسه الحق فى ذلك فى عقدة الوقف ، والمحظور هو التغيير فيما جعل للمسجد وما يتعلق به من الشروط كان استحقاقه قبل غيره أو بعده أو معه . أما ما جعل لغيره قبله أو بعده أو معه فلا يمتنع التغيير فيه ، إذ لا علاقة للمسجد بهذا الريع ولا ضرر يلحقه من وراء التغيير فيه ، ومن هذا يتضح أن الأوقاف التى جعل ريعها للذرية والأقارب وبعد انقراضهم جعل ريعها لمصالح الحرمين أو لمصالح المساجد الأخرى لا يجوز تغيير مصارفها فيما يتعلق بالحرمين وبالمساجد ويجوز التغيير بالنسبة لما قبلها وما بعدها من المصارف ، أما الرجوع فيها قبل أن يؤول الريع لها فلا يجوز أصلا ، لأنه متى رجع عن الوقف كان رجوعا عن الوقف على المسجد حتما، أما التغيير فى المصارف الأخرى فهو تغيير لا يمس المسجد ولا يمس بقاءه موقوفاً عليه يستحق ريعه متى جاء وقت استحقاقه .

أما الأحكام النهائية التى صدرت قبل العمل بهذا القانون مشتملة على بطلان التغيير من الواقف وأنه لا يملكه فإنها تمنعه أيضاً من استعمال حقه فى التغيير الذى ثبت له بمقتضى القانون بالنسبة لمن كان طرفاً فى الخصومة ، ولا أثر لاختلاف

المصدرين ، فلا يقال أن موضوع الخصومة السابقة لا يمكن أن يكون إلا تغييراً مبنياً على الاشتراط ،أما هنا فتغيير مستمد من القانون وهو يخالف الأول تمام المخالفة فللواقف أن يغير بعد القانون كما يشاء حتى بالنسبة لمن سبق أن حكم له عليه ببطلان التغيير ، لأن هذا القانون لا يطبق على ماحكم فيه نهائياً .

٥٩ — شروط التغيير : (١) يشترط لصحة التغيير أن يكون صريحاً ، فلا يكون التغيير صحيحاً إن كان محتملا أو ضمنياً و إن صدر به إشهاد مستوف للشرائط فمن وقف وقفاً وشرط ريعه لنفسه ثم أشهد على أنه جعل هذا الريع لفلان من غير أن يصرح بأنه جعله للثانى بدلا من الأول تغييراً فى مصرف وقفه لا يكون تغييره هذا صحيحاً لأنه تغيير ضمنى وليس صريحاً ، ومن تجاهل وقفه الأول ووقف أعيانه وقفاً جديداً وجعل للريع مصارف أخرى ، فكما لا يعتبر عمله هذا رجوعا ، لا يعتبر أيضاً تغييراً لأنه لم يخرج مخرج التغيير ولم يصرح فيه بذلك و إن تضمن التغيير فى المصارف واشتمل عليه .

(٢) ويشترط لصحته أيضاً أن يصدر به الإشهاد المبين بالمادة الأولى من هذا القانون إذا كان قد حدث بعد العمل به ، فما لم يسمع الإشهاد به و يضبط لا يكون صحيحاً ولا عبرة بما يسبق سماع الإشهاد من الإجراءات وإن وصلت إلى غايتها . أما إذا كان التغيير قد حدث قبل العمل بهذا القانون فلا يشترط هذا الإشهاد لصحته ، نعم يشترط لسماع الدعوى به عند الإنكار وجود الإشهاد المبين بالمادة ١٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

(٣) ويشترط لنفاذ التغيير من الواقف فى المصارف والشروط ألا يتعدى فيه أحكام هذا القانون وألا يخل فيه بشىء منها . فمن غيّر فى وقفه ولم يشتمل تغييره على شىء لهذا القانون فيه أحكام وحدود فلا شأن له به و يكون مرد أمره إلى الأحكام الأخرى التى تطبق عليه ، و إن اشتمل على أمور يحكمها هذا القانون فما كان منها فى حدوده نفذ أما ما يتجاوزها و يكون مخالفاً لها فلا نفاذ له . والمراد من عدم النفاذ هنا ما يعم البطلان والتوقف . فإذا غير وقفه المؤبد وجعله مؤقتاً

صح من عمله ما وافق المادة الخامسة و بطل ما خالفها . و إذا غير فى مصرفه على وجه يخالف أحكام المادة السابعة كان تغييره باطلا و إذا غير فى مصرفه على وجه يخل بأحكام الاستحقاق الواجب لا نحكم ببطلان ما صنع من أول الأمر ولكنه يبقى موقوفا على إجازة من له الحق فى إجازته ، فإن أجازه أو سقط حقه فى الاعتراض لمضى المدة المضروبة صار صحيحاً لازماً وإن رده فى الموعد المحدد كان باطلا فيما يخل بهذه الأحكام. وإذا غير فى شروط وقفه وجب أن يكون ما يشترطه مطابقاً لأحكام هذا القانون وخاصة المواد ١٢ و ٢٢ و ٢٧ وما أخل فيه بأحكام هذا القانون أو الأحكام الأخرى كان باطلا طبقاً للمادة السادسة . . وهكذا .

هذا هو معنى هذا الشرط الذى نشأ أول ما نشأ بلجنة العدل بمجلس الشيوخ ولم يكن نظرها أول الأمر متجهاً إلى أكثر من صيانة حقوق أصحاب الأنصبة الواجبة ، فخشيت أن يفهم من إطلاق الحق فى التغيير أن للواقف فى التغيير ألا يحترم الأنصبة الواجبة فوضعت هذا القيد وأقر المجلس المادة على هذا الوضع ، ولما أحال المجلس على اللجنة مواد أخرى مرتبطة بها انتهزت الفرصة وعدلت فى هذه المادة فاستبعدت عبارة «فى حدود هذا القانون» وأحلت محلها (مع عدم الإخلال بأحكام المادتين . . ، . . .) وهما المادتان اللتان كانتا تقرران الأنصبة الواجبة فى المشروع ليكون ذلك أصرح فى المراد وقاطعاً لكل لبس ، ولما عرض ذلك على المجلس قوبل بحملة عنيفة جداً كانت تقوم على أن النص الأول لا عيب فيه ولا يوجد ما يدعو إلى تغييره وأنه أشمل وأوفى من النص الجديد وأنه لا يقصد من حدود هذا القانون أحكام الأنصبة الواجبة وحدها بل يراد كل حكم وكل قاعدة وضعها القانون ، وعلى هذا الأساس قرر المجلس رفض التعديل الذى تقدمت به اللجنة وأبقى النص على حاله[1] .

وعندى أن هذا القيد احتياط لا حاجة إليه ، والباعث عليه خشية لا مبرر

(١) جلسة ٩ مايو سنة ١٩٤٤

لها ، والقانون وحدة مرتبط بعضها ببعض وأحكامه يقيد بعضها بعضا وحدود كل منها يجب أن تراعى من غير حاجة إلى نص ، وأين يوجد هذا الذى يفهم أن الأحكام التى يقررها القانون يتحتم على الواقف أن يراعيها إذا وقف ابتداء ولكنها لا تطبق ولا تراعى ويكون للواقف أن يتحلل منها حين التغيير فى وقفه مع أن النصوص عامة لا تختص بحال دون حال بل مراعاتها واجبة فى جميع الأحوال ، والحق أن هذا القيد تزيد محض رغم ما أدى إليه وجوده أخيراً من الارتباك وظهور النصوص بمظهر التناقض كما ستعرف .

٦٠ — أثر التغيير والحق فيه : لم يرتب هذا القانون على الحق فى التغيير أثراً من الآثار التى رتبها على الحق فى الرجوع نظراً إلى أن هذين الحقين يوجدان فى الغالب معاً ، غير أنا نجد أن حق التغيير قد يوجد حيث لا يوجد حق الرجوع ، فالوقف على المسجد لا يصح الرجوع عنه وإن لم يكن الاستحقاق قد آل إليه ولكن يصح التغيير فى مصارفه وشروطه بما لا مساس فيه بحق المسجد ، ولو أن الحكم الوارد فى الفقرة الثالثة من المادة ٥٧ أنيط بالتغيير بدلا من الرجوع لكان ذلك أعدل وأمكن أن تطبق فيها أحكام الاستحقاق الواجب أما النص الحالى فإنه لا يسمح بذلك

وإذا غيّر الواقف فى وقفه تغييراً صحيحاً ترتب عليه أثره من وقت حصوله كالرجوع . وهو أيضاً من التصرفات التى يجب شهرها بطريق التسجيل طبقاً للمادة التاسعة من قانون شهر التصرفات لأنه يزيل حقاً عينياً كان على العقار الموقوف للمصرف السابق ويثبته للمصرف اللاحق ، وقد كانوا من قبل يتشككون فى كون حق الموقوف عليه حقاً عينياً وفى اعتبار التغيير من التصرفات العقارية ، أما الآن وبعد أن أصبح هذا القانون ينظر إلى الموقوف على أنه ملك للموقوف عليه فى أكثر الحالات فلا محل لهذا التشكك ، وهذا إذا كان التغيير فى مصرف عقار موقوف أو فى تغيير شرط يمس المصرف ، أما إذا كان تغييراً فى مصرف موقوف غير عقار أو فى شروط لا علاقة لها بمصرف الوقف عقاراً كان أو منقولا ، فإن التغيير لا يكون من التصرفات العقارية . وعدم التسجيل لا يترتب عليه

سوى تراخى انتقال الحق الذى ينشئه أما الآثار المترتبة على هذا الحق فإنها تثبت بصدور التصرف ولا يتوقف ثبوتها على التسجيل [1].

٦١ — وأحكام هذه المادة ، عدا شرط نفاذ التغيير ، تطبق على الأوقاف الصادرة قبل العمل بهذا القانون فى الحوادث السابقة على صدوره واللاحقة له طبقاً لأحكام المادة ٥٦ وكان المتبع قبل هذا القانون أن الوقف متى تم صار لازماً لا يجوز الرجوع فيه ، لهذا كانت حوادث الرجوع الحقيقى فى الوقف إذ ذاك نادرة جداً أو بعبارة أدق كان علمنا بها وظهورها بالمظهر الرسمى فى غاية الندرة ، ولكن من الثابت أن بعضها قد كان وفصل فيه القضاء فانتهى أمره ولا شأن لأحكام هذا القانون به ، أما الرجوع الصورى فكانت كتب الأوقاف لعهد ليس ببعيد ممتلئة به و بالفصل الصورى فيه حتى لا تكاد تجد كتاب وقف خالياً من ذلك ولا يزال الكثير منها متداولا فى قضايا الأوقاف ، ومتى كان الأمر كله صورياً لا حقيقة له كان كله لغواً ، فالحكم الصورى لغو ، والرجوع الصورى لغو مثله وليس فى وسع أحد أن يذهب إلى التفرقة فيقول بصحة الرجوع الصورى و إلغاء الحكم الصوى ، فتطبيق أحكام هذه المادة فى الرجوع على الحوادث السابقة ليس فى نفسه أمراً ذا بال ، ولكن الأمر الذى يحتاج إلى الحذر واليقظة هو الادعاء به إدعاء زائفاً . فلو أن ورثة واقف ادعوا أن مورثهم رجع عن وقفه قبل صدور القانون وتركه لهم تركة موروثة لم تحتج هذه الدعوى حتى عند الإنكار إلى تقديم ما يسوغ سماعها لأنها ليست مما يندرج تحت أحكام المادة ١٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، ولا تتوقف صحة الرجوع على صدور الإشهاد المبين فى المادة الأولى ، وطبقاً لأحكام هذه المادة والمادة ٥٦ يصبح الرجوع صحيحاً متى كان الوقف مما يصح الرجوع فيه ، وللمدعين إثبات دعواهم بكل طرق الإثبات ومنها البينة ، وما أسهل الإثبات إذا انفتح هذا الباب الواسع ومتى ثبت الرجوع قضى بصحته و بأن الموقوف صار ملكا حراً طليقاً من وقت الرجوع وانتقل ميراثاً لورثته ، هذه ثغرة لها قيمتها

---
(١) ص ٥١ ، ٥٢

ولكن لا خوف من ذلك فيما أعتقد فى يقظة القضاء وفطنته أو فى الضمانات .

أما التغيير فقد كان المتبع أن الواقف لا يملكه إلا إذا شرطه فى عقدة الوقف ، فإذا لم يشرطه لا يكون له حق فيه وإن غير كان تغييره باطلا ، وإذا اشترطه فى عقدة الوقف ملك من ذلك بقدر ما اشترط كائناً ما كان الوقف ، خيريا كان أو أهليا ، كان على المسجد أو على غير المسجد ، كان الوقف بعوض مالى أو لضمان حقوق ثابتة قبل الواقف أو لم يكن . وتطبيق أحكام هذه المادة على التغييرات التى صدرت قبل القانون يترتب عليه صحة التغييرات التى كان الواقفون لا يملكونها إذ ذاك ثم ملكوها بمقتضى أحكام هذه المادة صدر بها إشهاد أو لم يصدر بها إشهاد أصلا ، غير أنه لا يسوغ سماع الدعوى بها عند الإنكار إلا إذا كان قد صدر بها الإشهاد المبين بالمادة ١٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . ويترتب عليه أيضاً بطلان التغييرات التى كان يملكها أربابها حين صدورها ولكنهم لا يملكونها بمقتضى أحكام هذه المادة وهى التغييرات المتعلقة بالأمور المستثناة ، واتساق التشريع كان يقضى باستثناء التصرفات التى تمت طبقاً للأحكام السابقة فيبقى صحيحها صحيحاً وباطلها باطلا وأن يصنع هنا ما كان قد صنع بالنسبة للتصرفات التى تمت قبل القانون بناء على اشتراط الواقف الشروط العشرة لغيره ولكن ذلك ما لم يتنبه له أحد ولم يثره أحد فى أى مرحلة من المراحل التى مر بها هذا القانون فلا مناص من تطبيق هذه الأحكام على الحوادث السابقة . وأحكام هذه المادة من صحة التغييرات التى لم تكن صحيحة وبطلان التغييرات التى كانت صحيحة حين صدورها لا تطبق على الحوادث التى حكم فيها حكماً نهائياً بصحة التغيير أو بطلانه بالنسبة لطرفى الخصومة وحدهما طبقاً لأحكام المادة ٦٠ ، وليس لمن ثبت له استحقاق أو زاد استحقاقه بسبب صحة تغيير لم يكن صحيحاً أو بطلان تغيير كان صحيحاً أن يطالب به إلا فى الغلات التى حدثت بعد العمل بهذا القانون طبقاً لأحكام المادة ٥٩

أما شرط نفاذ التغيير — وهو أن يكون فى حدود هذا القانون — فقد بينا من قبل أن ذكره هنا وعدمه سيان ولكن استثناءه فى المادة ٥٦ من التطبيق

على التغيير فى الأوقاف التى صدرت قبل العمل بالقانون مفسد للمعنى المقصود وموجب للتضارب بين النصوص ، فليس لاستثناء هذا الشرط معنى إلا أن القانون يقول للواقف إن وقفك الذى أصدرته قبل القانون يجب أن يكون خاضعاً له فى حكم الشروط صحيحها و باطلها وفى احترام الأنصبة الواجبة و إنك إن لم تحترم ذلك وجب فى وقفك جبراً عليك إلى غير ذلك من الحدود والأحكام التى قررها وأوجب تطبيقها على الأوقاف السابقة وفى الوقت نفسه يقول له إذا غيرت فى مصارف هذا الوقف وشروطه لا يجب عليك أن تلتزم هذه الحدود ولك أن تغير كما تشاء فلك أن تشترط فيه من الشروط ما تريد و إن كانت باطلة فى نظر هذا القانون ولك أن تحرم صاحب النصيب الواجب مما يجب له كلا أو بعضا وهكذا ، وليس لهذه الإباحة معنى إلا أن القانون يعتبر ما صدر منه فى التغيير صحيحاً أما القول بأن هذه الإباحة لا تقتضى الصحة فله أن يغير ما شاء ولكن يبطل من تغييره ما خالف القانون فإنه قول أشبه ما يكون بالعبث بل هو العبث نفسه ولا يستحق الإصغاء إليه . إن هذا الاستثناء لم يكن موجوداً فى المشروع الذى أقره مجلس الشيوخ أولا ، وحين تنقيح المشروع بعد استرداده من البرلمان وضع هذا الاستثناء بحجة أن المشروع قد استبعد منه تطبيق أحكام الأنصبة الواجبة على الأوقاف السابقة فلا محل لأن يشترط هذا الشرط فى التغييرات التى تحصل فيها وكان الرد على ذلك أن عدم استثناء الشرط لا ضرر فيه ولكن الاستثناء فيه إخلال بالمعنى و يخلق مظهراً من مظاهر التناقض فليس التغيير قاصراً على المصارف حتى يكون لهذه الحجة وزنها ولكنه كما يكون فى المصارف يكون فى الشروط أيضاً وأحكام الشروط فى هذا القانون تطبق على جميع الأوقاف وليس المراد من حدود القانون أحكام الأنصبة الواجبة فحسب بل المراد كل حد وكل حكم ، ولكن ذلك لم يلق آذانا صاغية واستبقى الاستثناء ولما أخذ مجلس النواب بالرجعية فى بعض الأوقاف السابقة كان المتعين حذف هذا الاستثناء ولكن المناقشة الحادة المتشعبة فى الرجعية أضاعت على الجميع التنبه إلى ذلك فى اللجنة بمجلس النواب وفى المجلس، ولجنة العدل بمجلس الشيوخ رجعت لمشروع الحكومة فبقى الاستثناء ، وقد أثرت هذا أخيراً بمجلس

الشيوخ لما أقر ما أقره مجلس النواب فكانت مناقشة طويلة لم يسدها فهم المقاصد وإذا كنت قد أخفقت فى إزالة مظهر التناقض فقد وفقت إلى أن سجلت مضابط المجلس أن الحكومة والمجلس لا يريدان إلا أن يخضع التغيير فى المصارف والشروط لأحكام القانون كما تخضع لها الأوقاف المبتدأة[1] ومن هذا يتضح أن استثناء هذا

---

(١) ولأهمية هذه المناقشة أوردها هنا بحروفها كما جاءت بمضبطة الجلسة التاسعة والعشرين المنعقدة يوم الثلاثاء ٢٨ جمادى الأولى سنة ١٣٦٥ الموافق ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٦ :

حضرة صاحب الفضيلة الشيخ محمد احمد فرج السنهورى (عضو المحكمة العليا الشرعية ومندوب وزارة العدل) — تنص المادة الحادية عشرة على أن « للواقف أن يرجع فى وقفه كله أو بعضه ، كما يجوز له أن يغير فى مصارفه وشروطه ولو حرم نفسه من ذلك ، على ألا ينفذ التغيير إلا فى حدود هذا القانون » أى أنها أوجبت أن يكون التغيير فى حدود هذا القانون ، ولما أرادت الحكومة ألا تكون هناك رجعية إطلاقا (أى فى الأنصبة الواجبة وقد شاع إطلاق الرجعية على هذا المعنى وحده) ، استثنت هذا الشرط فى المادة ٥٦ وكذلك الحال فى المادة ١٢ . وحيث أن المجلس أقر الآن مبدأ الرجعية فى الأوقاف الصادرة قبل القانون التى لا يزال واقفوها أحياء ، فالواجب ألا يبقى نص المادة ٥٦ بالصيغة السابقة ، بل يجب حذف الاستثناء الخاص بنفاذ التغيير والشروط العشرة من هذه المادة ، وإلا كان هناك تناقض فى المبدأ بين ما هو وارد فى المادتين ١١ و ١٢ وما هو وارد فى المادة ٥٦

حضرة الشيخ المحترم حسين سرى باشا — لقد أقررنا هاتين المادتين ، فلماذا لم يطلب فضيلة مندوب وزارة العدل هذا التعديل فى مجلس النواب .

... مندوب وزارة العدل — وهل هناك مانع من تصحيح هذا التناقض فى القانون أمام مجلس الشيوخ ؟!

حضرة الشيخ المحترم الأستاذ عباس الجمل — لا يوجد خطأ يحتاج إلى التصحيح ، لأن الرجعية التى أبحناها ليست للواقف ، وإنما هى للمحكمة ، ومعنى هذا أنه إذا كان الواقف على قيد الحياة ووقف وقفاً وحرم ولداً من أولاده ولم يشأ فى حياته أن يغير فى الوقف ليعطيه حقه ، فالتغيير المراد إحداثه الليلة يجعل للمحكمة الحق فى أن تنصف ولده جبراً عنه ، أما كلام فضيلة مندوب وزارة العدل فيفهم منه أننا أبحنا التغيير للواقف .

... مندوب وزارة العدل — نعم أقصد ذلك، ومن التناقض البين أن نقول للواقف يجب أن يكون لذوى الأنصباء الواجبة حق مقرر فى وقفك الصادر قبل القانون طبقاً للمادة ٢٤ وما بعدها ثم نقول له إذا غيرت فى هذا الوقف فلك ألا تلتزم هذه الحدود .

حضرة الشيخ المحترم الأستاذ عباس الجمل — لقد عدلنا المادة لتنصف الولد ، وجعلنا الواقف خاضعاً لحكم المحكمة .

حضرة الشيخ المحترم محمد صبرى أبو علم باشا — النص الذى أقررناه الآن ينصف الولد من غير تدخل من المحكمة ، والمحكمة لها أن تنصف، ولكن إذا شاء الواقف أن ينصف فله ذلك .

حضرة الشيخ المحترم الأستاذ عباس الجمل — المادتان ١١ و ١٢ لا تحتاجان إلى أى تعديل .

حضرة الشيخ المحترم وهيب دوس بك — لا يجوز أن تكون صياغة المواد ارتجالا فى المجلس بل هذا عمل اللجان . =

الشرط فى المادة ٥٦ لغو، وأن معناه أو ما يمكن أن يؤدى إليه وجوده لا يريده أحد ، فمن الواجب أن تكون التغييرات التى صدرت أو تصدر من الواقفين الذين كانوا أحياء عند صدور هذا القانون خاضعة لأحكام هذا القانون فى الشروط والأنصبة الواجبة وما عدا ذلك ، شأنها فى ذلك شأن الأوقاف اللاحقة والأوقاف التى صدرت قبل القانون وكان واقفوها أحياء عند العمل به ولم يحدثوا فيها تغييراً .

٦٢— أقوال الفقهاء — جواز الرجوع عن الوقف والتغيير فى مصارفه وشروطه أثر من آثار عدم لزوم الوقف . ولزوم الوقف وعدم لزومه من المسائل التى اختلف فيها الفقهاء اختلافاً واسع المدى فقد اختلفوا فى ذلك بالنسبة لأصل عقدة الوقف ، و بالنسبة للموقوف عليه ومقدار ما جعل له من الاستحقاق ، و بالنسبة لما اشتمل عليه عقده من الشروط ، رجعت إلى الاستحقاق أو إلى غيره ، و بالنسبة للموقوف . ونقل أقوالهم بالنسبة للموقوف لا محل له هنا ، أما أقوالهم فى البقية فهنا محلها .

أما عقد الوقف فقد اتفق الفقهاء على أن وقف المسجد متى وقع صحيحاً تاماً كان وقفاً لازماً لا يملك الواقف نقضه ولا الرجوع فيه . وإذا وقف الواقف غير المسجد وقفاً منجزاً صحيحاً تاماً كان وقفه جائزاً غير لازم عند جماعة من الفقهاء منهم الإمام أبو حنيفة وزفر بن الهذيل كما فى شرح معانى الآثار للطحاوى .

= الرئيس — يريد فضيلة مندوب وزارة العدل أن يقول بأن المادة ٥٦ جاء بها أنه (تطبق أحكام هذا القانون على جميع الأوقاف الصادرة قبل العمل به عدا أحكام الفقرات الثلاث الأولى من المادة ٥ والمادة ٨ ، والشرط الخاص بنفاذ التغيير فى المادة ١١ ، وبنفاذ الشروط العشرة فى المادة ١٢ ... الخ) وأن عبارة «والشرط الخاص بنفاذ التغيير فى المادة ١١ وبنفاذ الشروط العشرة فى المادة ١٢» الواردة فى المادة ٥٦ إذا بقيت تتضارب مع المادة ١١ ، المادة ١٢ وما تقرر من مبدأ الرجعية . ولكنا قد انتهينا من إقرار المادة ٥٦ ولا محل للرجوع إليها . ولتتل الآن المادة الثامنة والخمسون .

ولست أريد أن أعلق أى تعليق على هذه المناقشة فالأمر فيها واضح تمام الوضوح .

وفى المبسوط للسرخسى [1] والخانيـة [2] والذخيرة وغيرها أنه قد ذكر فى الأصل أن أبا حنيفة لا يجيز الوقف وأن بعض الناس أخذ بظاهر هذا اللفظ فقال إن الوقف باطل عنـد أبى حنيفة ، وليس الأمر كما ظن فإن الوقف جائز عند الكل إلا أنه يجوز عند أبى حنيفة جواز الإعارة لأنه يجعل الواقف حابسا للعين على ملكه صارفاً المنفعة إلى الجهة التى سماها فيكون بمنزلة العارية ، والعارية جائزة غير لازمة ، ولهذا تبقى العين على ملكه وله أن يرجع عنه وأن يبيعه ويهبه وإذا مات يورث عنه وليس معنى مـيراثه عنه أن الوقف ينتهى ويزول بموته بل معناه أن ملكها ينتقل إلى ورثته بالحالة التى كانت عليها عند موته فإذا لم يكن قد رجع عن وقفها ينتقل ملك رقبتها إلى ورثته بالحالة التى كانت عليها عند موته ويظل الوقف قائماً بعد موته غير لازم بالنسبة لورثته أيضاً ، فقد ورد فى شرح معانى الآثار احتجاجاً لأبى حنيفة ومن قال بقوله ما نصه : وكان من الحجة لهم فى ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما شاوره عمر رضى الله عنه فى ذلك قال له : حبس أصلها وسبل الثمرة ، فقد يجوز أن يكون ما أمره به من ذلك تخرج به من ملكه ، ويجوز أن يكون ذلك لا يخرجها من ملكه ولكنها تكون جارية على ما أجراها عليه من ذلك ما تركها ويكون له فسخ ذلك متى شاء ، كرجل جعل لله عليه أن يتصدق بثمرة نخله ما عاش فيقال له أنفذ ذلك ولا يجبر عليه ولا يؤخذ به إن شاء وإن أبى ، ولكن إن أنفذ ذلك فحسن وإن منعه لم يجبر عليه ، وكذلك ورثته من بعده إن أنفذوا ذلك على ما كان أبوهم أجراه عليـه فحسن وإن منعوه كان ذلك لهم ، وليس فى بقاء حبس عمر رضى الله عنه إلى غايتنا هذه ما يدل على أنه لم يكن لأحد من أهله نقضه ، وإنما الذى يدل على أنه ليس لهم نقضه لو كانوا خاصموا فيه بعد موته فمنعوا من ذلك . . . ولكن إنما جاءنا تركهم لوقف عمر رضى الله عنه يجرى على ما كان أجراه عليه فى حياته ولم يبلغنا أن أحداً منهم عرض فيه بشىء [3] . ولم أعثر فيما اطلعت عليه

(1) ج ١٢ ص ٢٧ (2) ج ٣ ص ٢٨٥ (3) ج ٩ ص ١٧٥

من كتب الحنفية على ما يخالف هذا ولا ما يدل على أن الوقف يبطل بموت الواقف عند أبي حنيفة ومن قال بقوله ولا أنه يكون لازماً بعد موته بالنسبة لورثته ، ولكن ابن حزم قال فى المحلى : ثم اختلفوا عنه (أى أبي حنيفة) أيجوز للورثة إبطاله ، وهذا هو الأشهر عنه ، أم لا يجوز[1] . فقد جزم ابن حزم بأن هناك رواية عن أبي حنيفة غير مشهورة هى القول بلزوم الوقف بموت الواقف وأنه لا يجوز لورثته أن ينقضوه ، وابن حزم ثقة وحجة وهو ناقل ، ولا يضعف من قيمة نقله عدم وجودنا له فى المتداول بيننا من كتب الحنفية . فالروايات عن أبي حنيفة فى الوقف المنجز إذن ثلاث ، أنه باطل ، ومعنى ذلك أنه لا وجود له فى حياته ولا بعد موته ، وأنه جائز غير لازم بالنسبة له و بالنسبة لورثته ، وأنه جائز غير لازم بالنسبة له ولازم بالنسبة لورثته والأصح عنه هو الرواية الثانية .

فالأصل فى الوقف الناجز التام عنده عدم اللزوم على الأصح ولكنه قال بلزومه إذا قضى باللزوم قاض يراه بعد دعوى صحيحة ، ولابد أن تكون الخصومة حقيقية ، أما إذا كانت صورية فإن القضاء فيها يكون غير معتبر وهو كعدمه فلا يلزم الوقف به فقد نص فقهاء الحنفية على أن من شرط نفاذ القضاء أن يصير الحكم حادثة ، ومعنى هذا أنه لابد أن يكون فى خصومة شرعية ، وقال ابن الغرس فى الفواكه البدرية إذا حصلت الدعوى المسموعة بحسب الصورة وكان القاضى يعلم أن باطن الأمر فى ذلك ليس كظاهره وانه لا تخاصم ولا تنازع فى نفس الأمر بين المتداعين حرم عليه سماع الدعوى ولا يعتبر القضاء المترتب عليها ولا يصح الاحتيال لحصول القضاء بمثل ذلك . وقد جاء بها أيضا أن الفقهاء قد قالوا أن القضاء بصحة الوقف لا يكون قضاء بلزومه ، وتوجيهه أن الوقف جائز غير لازم عند الإمام رحمه الله تعالى لازم عندهما فإذا قضى القاضى بصحته احتمل أن يكون قضى بذلك على مذهبه ولا معنى للجواز هنا إلا الصحة ولا يلزمها اللزوم فيحتاج فى لزوم الوقف إلى التصريح بذلك ، وفيه نظر ، ووجهه أن الإمام لم يقل بكون الوقف جائزاً غير لازم مطلقا

(١) ص ١٤٦

بل هو عنده لازم إذا علقه الواقف بالموت أو قضى به القاضى ، ولا شك أن القضاء بصحة الوقف قضاء بالوقف فيكون القضاء بصحته مقتضيا للزومه فلا يحتاج إلى التصريح باللزوم فى القضاء به فتأمل[1] . هذه عبارته وهو لم يزد عن إبداء اعتراض له على المنقول ، ولا قيمة لرأى أمثاله فى مقابلة المنصوص عليه ، ومع ذلك فقد أجاب عن هذا الاعتراض عمر بن نجيم فى إجابة السائل حيث يقول : وجوابه أن معنى قولهم أو قضى به القاضى ، أى قاض يرى لزومه ، أما إذا قضى بصحته من لا يراه فلا مرية أنه لا يكون قضاء بلزومه ، وأنت تعلم أن هـذا لا يأتى إلا فى القاضى المجتهد ، أما المقلد فليس له أن يحكم إلا بالصحيح من المذهب وسيأتى أن قولهما فى الوقف هو الصحيح[2] ، كما أن ابن عابدين سلك فى رد المحتار مسلكا آخر فى الرد عليـه .

وقد اختلفوا فى قضاء المحكم هل يلزم به الوقف أولا والصحيح أنه لا يكفى لأنه لا يرفع الخلاف . وقد جاء فى الأنقروية نقلا عن القنيـة أنه لو حكم الحاكم بلزومه بعـد موت الواقف لم يجز ولم يلزم لأن الوقف إذا لم يكن لازماً انتقل إلى الورثة بموت الواقف . وجاء فى تعليقاتها أنه بحث عن هذا فى القنية فلم يجده ولـكن المفتى أبا السعود أفتى به[3] ويظهر أن من قال هذا القول فهم أن انتقال الملك إلى الورثة يقتضى بطلان الوقف عنده وليس كما ظنّ بل هو باق على الوقفية غـير اللازمة أيضاً كما هو صريح كلام الطحاوى . وجاء فى إجابة السائل أنه لا خلاف فى زوال ملك الرقبة إذا قال هو موقوف فى حياتى وبعد مماتى فيكون حال الحياة تبعاً لحال الموت[4] . وهذا يدل فى وضوح على أن المنجز إذا أضيف أيضاً كان لازماً عنده فى الحال ، ولـكن هذا غير صحيح وقـد صرح فى الخانية والشرنبلالية والدر المختار وغيرها بأنه لا يلزم عند أبى حنيفة فى هذه الحال قبل الموت . وجاء فى الخانية أنه نقل فى النوادر عن أبى حنيفة أنه يقول بلزوم الوقف فى المقبرة والقنطرة والطريق وأنه لا يصح الرجوع عن وقفها كما لا يصح الرجوع عن وقف

---

(١) ص ١٤٦ (٢) ص ٣٧ (٣) ج ١ ص ٢٢٩ (٤) ص ٣٨

المسجد ولكن المنقول عنه فى هلال وفى ظاهر الرواية أنه يرى أن وقفها لا يلزم ويصح الرجوع عنه كسائر الأوقاف الأخرى[1]. هذه هى جملة المسائل التى قيل فيها بلزوم الوقف الناجز عند أبى حنيفة.

أما سائر أهل العلم والفقه فالأصل عندهم أن الوقف الصحيح الناجز يكون لازماً من وقت حصوله لا يباع الموقوف ولا يرهن ولا يوهب ولا يورث وليس للواقف ولا لوارثه أن يرجع عنه ولا أن ينقضه بعد أن أبرم، هذا هو الأصل العام ولكن هناك مسائل وقع فيها الخلاف بينهم فى لزوم الوقف وعدمه.

الأولى — اشتراط الخيار: ذهب الشافعية والحنابلة وجمهور الحنفية وبعض المالكية إلى أن الوقف لا يجوز فيه شرط الخيار، ثم اختلفوا فذهب بعضهم إلى أنه إذا شرط الخيار فى وقفه بطل الوقف، قال بذلك هلال ومحمد بن الحسن من الحنفية وهو مذهب الشافعية وأحد قولين فى مذهب الإمام أحمد، وذهب البعض الآخر إلى أن الوقف صحيح والشرط باطل، قال بذلك يوسف بن خالد السمتى والفقيه أبو جعفر الهندوانى من الحنفية وابن الحاجب من المالكية وهو أحد قولين فى مذهب الإمام أحمد، وذهب أبو يوسف إلى أنه لو وقف وشرط لنفسه الخيار وبين للخيار وقتاً معلوما، ثلاثة أيام أو أقل، جاز الوقف والشرط معا كما فى البيع، وإن كان وقت الخيار مجهولا لا يجوز البيع ومن البين أن معنى صحة الوقف وشرط الخيار فى الصورة الأولى أن الوقف فى مدة الخيار يكون غير لازم فإن شاء رجع فيه ونقضه وإن شاء أمضاه وأنه متى مضت مدة الخيار، ولم يكن قد رجع عن وقفه صار الوقف لازما، وبحث الفقيه ابن عبدالسلام المالكى فى قول ابن الحاجب إن الوقف يلزم ولو قال الواقف ولى الخيار وقال ينبغى أن يوفى له بشرطه. ومن تتبع ما جاء بشراح خليل فى المسائل المرتبطة بهذا ظهر له جلياً أنهم جروا على ما ذهب إليه ابن عبد السلام، والخيار على هذا القول ليس له مدة محدودة فيكون مخيراً بين استدامة الوقف وبين الرجوع فيه متى شاء، فالوقف

(١) ج ٣ ص ٢٩٤

على هذا لازم إن لم يشترط الواقف عدم لزومه ، وغير لازم إن اشـترط ذلك ، وقال المالـكية أيضا إنه يعمل بشرط الواقف إذا كان جائزاً كمن وقف وشرط أن من احتاج من الموقوف عليهم إلى البيع من الوقف باع فإنه يعمل بشرطه وكذا إن شرط ذلك لنفسه ، وقالوا إنه لا يحل له الإقدام على أن يشرط للموقوف عليه أن يبيع نصيبه من الوقف ولو من غير حاجة ولا يحل الإقدام على البيع بمقتضى هذا الشرط ، لـكن إن أقدم الواقف على اشتراطه صح شرطه ولو أقدم الموقوف عليه على البيع صح بيعه ، فالاحتياج ليس شرطا فى صحة هذا الشرط ولا فى صحة البيع بل هو شرط لحل هذا الاشتراط ولحل البيع ، فالمسألة مسألة إثم وعدم إثم لا مسألة صحة وفساد . وقالوا إنه يعمل بشرطه إذا وقف واشـترط أنه إذا تسوّر على وقفه قاض أو غيره من الظلمة رجع ملكا له إن كان حياً أو لوارثه يوم التسور[1] فالوقف الذى يشترط فيه شىء من ذلك يكون غير لازم إذ ليس معنى عدم اللزوم إلا صحة الرجوع عنه و إخراج الموقوف عن أن يكون وقفاً[2] .

الثانية — وقف المريض : اتفق الحنفية والشافعية والحنابلة على أن وقف المريض لازم بالنسبة له حتى أنه لا يصح له الرجوع عنـه . وكلامهم فى اعتباره من الثلث وفيما يكون منه متوقفاً على إجازة الوارث وما لا يكون، لا يعنينا أن نفصله هنا و يكفينا أن نشير إليه . وقال المالـكية إذا وقف المريض لوارثه بطل و إن كان محوزاً لأنه وصية لوارث وقد نهى الشارع عن الوصية له ، أما إذا وقف على غير وارث فإنه يخرج مخرج الوصية من الثلث حصـل حوز أم لا وله إبطاله . فوقف المريض عندهم فى هذه الحالة يكون صحيحا نافذاً ولـكنه يكون غير لازم وللواقف إبطاله والرجوع عنه . بل أن الصحيح لو وقف ، وأن كان وقفه على الفقراء أو كان

---

(١) التسور على الشىء التسلط عليه بما لا يحل شرعاً. (٢) المبسوط للسرخسى جـ ١٢ ص ٤٢ الخانية جـ ٣ ص ٣٠٤ ، وقف هلال ص ٨٤ وما بعدها ، وقف الخصاف ص ١٢٦ ومابعدها — الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٤ ص٧٥، ٨٩ — الأنوار جـ ١ ص٤٣٥ — المغنى لابن قدامه جـ ٦ ص ١٩٥، الفروع جـ ٢ ص ٨٦٧ ، ٨٧٧ وكشاف القناع جـ ٢ ص ٤٤٦ ، ٤٥١ وشرح المنتهى جـ ٢ ص ٤٩٥ ، ٤٩٩

مسجداً أو مدرسة أو رباطا أو بئرا ، ولم يحز عنه حتى مرض مرض الموت كان غير لازم وله إبطاله و إجازته كما أنه لو مات قبل الحوز كان لوارثه إبطاله و إجازته[١] .

الثالثة — منقطع الأول : إذا وقف وجعل وقفه أولا على من ليس موجوداً حين الوقف أو على من لا يجوز الوقف عليه كمن وقف على ولده ثم على الفقراء ولم يكن له ولد حين الوقف أو وقف على كنيسة ثم على الفقراء، إذا وقف على هذا النحو قال الحنفية والحنابلة أنه وقف صحيح لازم ، وتكلموا فى مصرف ريعه بما لا حاجة بنا إلى ذكره هنا[٢] . وقال الشافعية أن الوقف يبطل لأن ذلك يكون تعليقا للوقف بغير الموت ضمناً وتعليق الوقف بغير الموت يبطله وقال ابن حجر فى التحفة : ونقل الزركشى عن القاضى أنه لو نجزه وعلق إعطاءه للموقوف عليه بالموت جاز كالوكالة . انتهى . وعليه فهو كالوصية أيضاً فيما يظهر . وقال البصرى فى حاشيته تعليقاً على هذا : أن مقتضى قول ابن حجر أن الريع قبل الموت يكون للمالك، وهو محل تأمل، بل إطلاق قوله إنه كالوصية محل تأمل[٣] . فعلى استظهار ابن حجر يكون الوقف قبل الموت غير لازم ولكن البصرى لا يميل إلى ذلك . على أن أصل الجواز لا يتفق مع ما هو مقرر عندهم فى منقطع الأول . فإن هذا وإن لم يكن منه أشبه الأشياء به . وقال المالكية إذا وقف على من سيولد له أو وقف على ولده ولا ولد له حين الوقف كان الوقف عند مالك صحيحا غير لازم إلى أن يوجد الموقوف عليه و إذا وجد صار لازما فللواقف بيع الموقوف قبل وجود الموقوف عليه كما أن غلته تكون له قبل وجود الموقوف عليه و إن لم يرجع عنه . أما ابن القاسم فقال إن هذا الوقف يلزم بمجرد عقده و يكون موقوفا إلى أن يحصل اليأس من الولد وصرح اللقانى بأن الغلة تكون موقوفة أيضاً إلى اليأس فإذا حصل رجع الموقوف هو وغلته إلى المالك أو إلى ورثته إن كان قد مات[٤] .

---

(١) الدسوقى ج ٤ ص ٨١ ، ٨٢ (٢) المغنى ج ٦ ص ٢١٨ (٣) الأنوار ج ١ ص ٤٣٢ التحفة ج ٢ ص ٣٢٣ (٤) الدسوقى ج ٤ ص ٧٧ ، ٨٩

الرابعة — الوقف قبل القبض : قول أبي يوسف ومذهب الشافعية وأشهر الروايتين عن أحمد أن الوقف يتم ويلزم بالقول وأن تسليم الموقوف إلى من يقبضه ليس شرطاً فى صحته ولا فى تمامه ولا فى لزومه ، ومتى أوجبه فقد انبرم ولزم سلمه أو لم يسلمه فلا يملك الرجوع عنه . وقال محمد بن الحسن أن الوقف لا يتم إلا إذا أخرجه الواقف من يده وسلمه إلى من يقبضه منه ، وهذا هو قول أبي حنيفة فى وقف المسجد ، ومعنى التمام غير معنى اللزوم ، ومن ألقى نظره نحو ما قاله الفقهاء فى الهبة والصدقة النافذة يظهر له الفرق بين المعنيين واضحا ، ولكن غير التام والتام غير اللازم سواء فى جواز الرجوع . وقال ابن قدامة فى المغنى أن أحمد قد رويت عنه رواية أخرى هى أن الوقف لا يلزم إلا بالقبض وإخراج الواقف له عن يده وقد اختار هذه الرواية ابن أبي موسى وهى قول محمد بن الحسن (١) . ولعل ابن قدامة يعنى بنسبة عدم اللزوم إلى محمد عدم التمام وإن له قبل تمام الوقف الرجوع عن إيجابه وإلا فالمروى عن محمد هو عدم التمام ولا يعرف أن أحداً آخر نقل عنه التمام وعدم اللزوم . وقال الإمامية إن الإقبـاض ، وهو القبض بالإذن ، شرط فى لزوم الوقف وإن كان قبوله قد وقع ، فما لم يسلم يكون للواقف الرجوع عنه محتاجا كان أو غير محتاج ويكون للموقوف عليه فسخه أيضاً بعد القبول وقبل التسلم (٢) .

هذا مبلغ ماهدانى إليه الاستقراء من المسائل التى قال فيها بعدم اللزوم من يرون لزوم عقد الوقف الصحيح الناجز .

٦٣ — أما الوقف غير الناجز ، وهو المعلق والمضاف ، فقد قدمت تحرير مذهب الحنفية فيه وبينت أن الإمام أبا حنيفة وصاحبيه متفقون على أن كلا من الوقف المعلق بالموت والوقف المضاف إليه غير لازم فى حياة الواقف ويكون لازما بعد موته على أنه وقف عند الصاحبين وعلى أنه وقف أو وصية عند الإمام (٣) . وقال الطرسوسى فى أنفع الوسائل وتحرير الكلام فيما نحن فيه أن الأصح من قول الامام أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الوقف الذى ليس بمضاف إلى ما بعد الموت

---

(١) الموضع السابق . (٢) جواهر الكلام جـ ص٦٢٤ (٣) ص٩٦ ، ٩٧

ولا موصى به ولا محكوم به صحيح عند أبي حنيفة ليس بلازم . أما الذى هو بطريق الوصية أو المضاف أو المحكوم به فهو صحيح لازم فى الحال حتى لا يملك بيعه ولا يورث عنه إذا مات كقول أبي يوسف ومحمد فى الوقف مطلقاً[1] وهو يريد بالمضاف ما يشمل المعلق ، وما زعمه من لزوم الوقف المضاف والموصى به فى الحال عند الإمام غير صحيح أصلا ومخالف لما أجمعت عليه المؤلفات قبله و بعده . و بينت فى النبذة السابقة أن ما ركب من التنجيز ومن التعليق أو الإضافة غير لازم قبل الموت عند الإمام وأن ما جاء فى إجابة السائل مما يدل على لزومه عنده فى الحال تبعا لما بعد الموت غير صحيح أيضا .

وقد قدمت أن من عدا الحنفية لا يفرقون بين التعليق والإضافة[2] . والمالكية يجيزون تعليق الوقف بالزمان و بالملك وغيرهما . ولهم إذا عم التعليق كلام فى لزوم الوقف وعدمه . قال الدردير فى الشرح الصغير : ولا يشترط فيه التنجيز ، فيجوز أن يقول هو حبس على كذا بعد شهر أو سنة[3] . وقال فى الشرح الكبير : صح ولزم وقف مملوك ولو بالتعليق ، كأن ملكت دار فلان فهى وقف ، ونحو إذا جاء العام الفلانى أو حضر فلان فدارى وقف ويلزم إذا جاء الأجل . ومن هذا يظهر أنه قبل الأجل لا يكون لازماً فيصح رجوعه عنه . وقال الدسوقى فى حاشية هذا الشرح أن من التعليق ما أفتى به الشيخ زين الجيزى من أن من التزم بأن ما يبنيه فى المحل الفلانى يكون وقفاً فما يبنيه فيه بعد ذلك يكون وقفاً ولا يحتاج إلى إنشاء وقف جديد ، ونقل أن الأجهورى تردد فيما إذا كان من الواجب تعيين المعلق فيه أو لا يجب ذلك فيدخل فيه ما يقوله بعض الواقفين فى كتاب وقفه من أن كل ما يتجدد له من عقار أو غيره ويدخل فى ملكه يكون ملحقاً بوقفه ، وقال إن المأخوذ من كلام الرصاع أنه إذا عم التعليق كان الوقف غير لازم لما فيه من التحجير[4] .

---

(١) ص ٧٢ (٢) النبذة (٢٥) ص ٩٥

(٣) ج ٢ ص ٢٨٧ (٤) ج ٤ ص ٧٦ ، ٧٧

وقال الشافعية إن الوقف المعلق بموت الواقف صحيح كقوله إذا مت فداري وقف على كذا أو فقد وقفتها ، أو قوله وقفت داري بعد موتى على الفقراء ، وتارة يعبرون بالتعليق وتارة يعبرون بالإضافة ، والسبب فى ذلك بين ، وهو أنه لا فرق بينهما عندهم ، ولكن هذا الوقف لا يلزم فى الحال ولا يلزم إلا بالموت فإن حكمه حُكْمُ الوصية فى اعتباره من الثلث وفى جواز الرجوع ، واعتبروا مجرد عرضه على البيع رجوعاً عن الوقف ، وحُكْمُ الأوقاف فى وجوب تأبيده وفى عدم بيعه وهبته وإرثه بعد لزومه بموت الواقف ، وإذا علق الوقف بأى شىء آخر سوى موت الواقف وكان وقفاً يضاهى التحرير وهو ما يظهر فيه قصد القربة كتعليق وقف المسجد كان الوقف صحيحاً ولكنه لا يصير وقفاً إلا إذا وجد المعلق عليه ، أما إذا لم يكن مضاهيا للتحرير فإن التعليق يبطله[1] هذه هى أحكام مذهبهم ، ولكن صاحب الأنوار قال أن الوقف لازم فى الحال وإن أضافه إلى دبر الحياة . وفى حاشية الكمثرى عليه أن الوقف المضاف إلى ما بعد الموت ليس مثل الوصية حتى يجوز له الرجوع وسائر التصرفات التى تقدح فى الغرض بل هو لازم فى الحال ينقطع عنه كل تصرف[2] . ولكن ذلك مخالف لما فى معتبرات المؤلفات المتداولة من كتب الشافعية وقد نقل فى بعضها الإتفاق على أنه لا يلزم إلا بالموت .

وللحنابلة فى تعليق الوقف وإضافته ثلاثة أقوال : أحدها أنه لا يصح إذا علق بموت الواقف أو بغيره ، والآخر يصح إذا علق بأىّ شرط ، بموته أو بغيره ، والثالث أنه لا يصح إذا علق بغير موت الواقف ويصح إذا علق بموته ويعتبر كالوصية بالنسبة لخروجه من ثلث ماله ولكنه لا يكون مثلها فى عدم اللزوم ويلزم فى الحال ، ففى كشاف القناع أن الوقف عقد صحيح ، أخرجه مخرج الوصية أو لم يخرجه ، فإن قال هو وقف بعد موتى صح ويكون لازما من حين قوله هو وقف بعد

---

(١) التحفة ج ٢ ص ٣٢٤

(٢) البجيرمى على المنهج ج ٣ ص ٣٢٨ وبغية المسترشدين ص ١١٣

موتى[1] ولم أظفر فيما بأيدينا من كتبهم بما يخالف ذلك أو بما يدل على أن فى اللزوم فى الحال خلافا عندهم .

ومن هذا يتضح أن الوقف المعلق أو المضاف إذا كان صحيحاً لايلزم فى الحال ويصح الرجوع عنه وللواقف بيعه والتصرف فى الموقوف بكل تصرف ينقض الوقف ومتى وقع المعلق عليه أو المضاف صار لازماً ، قال بذلك أبوحنيفة وصاحباه وهو مذهب المالكية والشافعية أما ما جاء بأنفع الوسائل وإجابة السائل من كتب الحنفية وبالأنوار من كتب الشافعية مخالفاً لذلك فإنه لايعول عليه ، وقال الحنابلة أنه يصير لازماً فى الحال . أما الوصية بالوقف فإنها لاتكون لازمة ويصح للموصى الرجوع عنها مادام حياً ومتى نفذت وصيته وحصل الوقف كان لازماً عند أبى حنيفة وغيره لا أعلم فى ذلك خلافاً لأحد .

٦٤ — اشتراط الصراحة والإشهاد فى الرجوع : والقائلون بعدم لزوم الوقف، ناجزاً كان أو مضافا ، لم يشترط أحد منهم فيما نعلم لصحة الرجوع أن يكون صريحا وصريح كلام الشافعية وظاهر كلام غيرهم وسياق أقوالهم واضحة فى أن الرجوع كما يكون صريحا يكون ضمنيا كبيعه وهبته ووقفه وقفا جديداً مبتدأً ، وعرضه على البيع ونحو ذلك ، كما أننى لم أطلع على أن أحداً اشترط لصحة الرجوع الإشهاد عليه أو كتابته كتابة رسمية أو عرفية .

٦٥ — إسقاط الحق فى الرجوع : وقواعد الحنفية وفروعهم الكثيرة واضحة فى أن حق الرجوع عن الوقف لايسقط بالإسقاط لأن القائل بجواز الرجوع عن الوقف يرى أنه عقد قد شرع غير لازم فلا يملك الواقف جعله لازماً وتغييره عن وضعه الشرعى ، فقد جاء فى المحيط البرهانى أن تغيير العقد عن وضعه الذى وضع عليه بحكم الشرع لا يجوز لأنه تبديل للمشروع وتبديل المشروع لا يجوز ، ونصوا على أنه لو أعتق عبده على أن لا ولاء له بطل هذا الشرط وبقى الولاء له لأن قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق ، وفى الأشباه أن الأب

(١) المغنى ج ٦ والفروع ج ٢ ص ٨٦٧ وكشاف القناع ج ٢ ص ٤٤٦ ، ٤٧٠

أو الجد إذا عزل نفسه من الولاية على الصغير وصير نفسه غير ولى لا يجوز لما فيه من خلاف المشروع ، ونصوا على أنه لو تزوجها على ألا ينقلها أو على أن تسكن حيث تحب كان الشرط باطلا و بقى الحق ثابتاً له لأن فى هذا الشرط تغييراً لمقتضى العقد شرعا ، وفى البدائع والدر المختار وغيرهما أنه لو طلقها رجعياً وقال أبطلت حقى فى رجعتك أو لا رجعة لى عليك لم يسقط حقه فى الرجعة لأن الطلاق الرجعى شرع معقبا للرجعة ، ونصوا على أن حق الرجوع فى الهبة لا يسقط بالإسقاط لأن الهبة بغير عوض شرعت غير لازمة وللواهب حق الرجوع فإذا أبطل هذا فقد غير المشروع . وفى المحيط أنه لو وكله بشرط ألا يعزله جازت الوكالة و بطل الشرط لأن الوكالة شرعت غير لازمة وفى العمل بهذا الشرط جعلها لازمة وهو تغيير للمشروع وأن الراهن والمرتهن لو اتفقا على أنه إذا ضاع الرهن ضاع بغير شىء بطل ذلك لما فيه من تبديل المشروع . وكذلك قالوا فى اشتراط الموصى عدم الرجوع عن الإيصاء أو اشتراط الواقف عدم عزل القيم وإسقاط المالك حقه فى التصرف فى ملكه وإسقاط الوارث حقه ، وأشباه ذلك كثيرة جداً[(1)] . ومما نقلنا يتضح أن حق الرجوع فى الوقف لا يمكن التردد فى أنه لا يسقط بالإسقاط .

٦٦ — لزوم الوقف بالنسبة لمصارف الوقف وشروطه : ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن عقد الوقف غير لازم وأن للواقف أن يرجع عنه ، ولكن إذا لم يشأ الواقف أن يرجع عن أصل وقفه ولكنه أراد الرجوع عن مصارفه أو بعضها أو عما شرطه فيه من الشروط كله أو بعضه هل يجوز له ذلك عند أبى حنيفة ، لم نر من تكلم فى هذا من الفقهاء على طريقته ولا من روى عنه شيئا يتعلق بذلك ، ولكن مقتضى مذهبه أن الواقف يملك هذا ، وذلك لأن معنى الوقف عنده هو حبس العين مع بقائها على ملكه وتسبيل ثمرتها على ما يشترط ، ورجوعه عن الأصل رجوع عن التحبيس والتسبيل والشروط جميعاً ، ومن ملك الرجوع عن أمور عدة يكون له من باب أولى الحق فى الرجوع عن بعضها ، على أننا لم نعهد فى الشريعة

(١) إجابة السائل ص ٤٦ ، ٤٧ وكفاية المتخصصين قسم الأقضية والمرافعات ص ٩٠ — ١٠٠

أن يكون الأصل غير لازم والفرع لازما ، وإذا كان الرجوع عن التحبيس ، وهو الأصل ، جائزاً كان الرجوع عن فرعه وهو المصارف والشروط أولى بالجواز . على أن هناك طريقة أخرى على مذهبه ، هى أن نعتبر من يغير فى المصارف قد رجع رجوعا ضمنيا عن الوقف وأنشأ وقفا آخر على الوضع الذى حصل من التغيير . ولا يؤثر فى هذه المعانى ما جاء فى البدائع من أنه لا خلاف بين العلماء فى جواز الوقف فى حق وجوب التصدق بالفرع ما دام الواقف حياً حتى أن من وقف داره أو أرضه يلزمه التصدق بغلة الدار والأرض ، ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالغلة ، فإننا لم نر من قال بوجوب التصدق بالغلة سوى صاحب البدائع بل رأينا الطحاوى فى شرح معانى الآثار يقول : وإن شاء أن يجريه على ما قال فهو حسن ، ووجدنا صاحب الذخيرة يقول : إن أبا حنيفة يجعل الواقف حابسا للعين على ملكه صارفا المنفعة إلى الجهة التى سماها فيكون بمنزلة العارية والعارية جائزة غير لازمة ومعنى الجواز جواز صرف الغلة إلى تلك الجهة . وعلى هذا النحو جاءت عبارات الكافى والمبسوط والخانية وشرح المنظومة والظهيرية وغيرها [1] فلا معول على ما جاء بالبدائع غير متفق مع ما جاء بكتب المذهب ، هذا إلى أن ما ذكره من وجوب التصدق لا يظهر فى كل أنواع الوقف ، وإنما يظهر حيث يكون فى المصرف معنى الصدقة أما إذا لم يكن فيه إلا معنى البر والصلة لم يظهر معنى وجوب التصدق ، على أن العبارة لا تفيد إلا وجوب التصدق بإطلاق ولا تدل على وجوب التصدق على من سمى فلا دلالة فيها على اللزوم بالنسبة للمصرف وعدم جواز الرجوع عنه وتسمية مصرف آخر . فظهر أن مقتضى مذهبه قد بقى سالما لا يوجد ما يعارضه . ويكون صريح مذهبه أن للواقف الرجوع عن أصل وقفه وهذا يدل بأولى على أن له الرجوع عن مصارف وقفه وشروطه وتسمية مصارف وشروط أخرى . وإذا كان حقه فى تغيير المصارف والشروط حقاً مستمداً من طبيعة العقد ونوعا من الرجوع فإنه يثبت من غير شرط وإذا أسقطه لا يسقط بإسقاطه لما بيناه

(١) أنفع الوسائل ص ٦٩ — ٧١

فى الرجوع عن أصل الوقف . أما كون هـذا التغيير لا يصح إلا إذا صدر به الإشهاد المبين بالمادة الأولى من هـذا القانون فليس مذهب الإمام ولا يدل عليه كلامه لا عبارة ولا دلالة .

هذه هى أحكام مذهب الإمام أبى حنيفة نصاً صريحا وأخذا ، أما صاحباه فيقولان : أن الوقف كما يلزم فى أصله يلزم فى بقيـة ما اشتمل عليه من مصارف ومقادير استحقاق وجمـع وترتيب وغير ذلك من الشروط الصحيحة التى ترجع إلى الغـلة أو إلى غيرها سوى شرط النظر فليس للواقف ولا لغـيره من الشروط إلا ما اشترط له فى عقده ، وما شرطه فيـه يكون لازما فلا يملك أحـد التغيير فى المصارف بإدخال أو إخراج ، ولا فى مقـادير الاستحقاق بزيادة أو نقص ولا بإعطـاء أو حرمان ولا فى شىء من الشروط التى اشترطها الواقف فى عقـدة الوقف إلا إذا كان قد اشـترط أن له الحق فى ذلك . ولـكنهما اختلفـا فى مسألة الولاية على الوقف ، فسوى محمد بينها و بين الأمور الأخرى فى جميع ما ذكر . أما أبو يوسف فقد قال : إن ولاية الواقف على وقفـه أثر من آثار ملكه كولاء العتاقة وأن من شرط له الولاية يكون وكيلا عنـه فى حيـاته ووصيه بعـد موته فولايته على وقفه ثابتـة له شرطها أو لم يشرطها أو نفاها وله الحق فى إخراج من شرط له النظر وتعيين سواه وله أن يغير فى شرط النظر كلما أراد شرط لنفسه حق التغيير فى ذلك أو لم يشرط أو نفاه[1] . فالمصارف والشروط التى وردت فى عقد الوقف تـكون لازمة إن لم يشرط الواقف فيه لأحد الحق فى تغييرها وتـكون غير لازمة إن شرط ذلك لنفسـه أو لغيره ويكون للمشروط له أن يغير و يبـدل فيها كما يشاء وفقاً لمـا يعطيه له هذا الشرط . ولـكن إذا كان ما جاء فى الوقف متعلقا بالمصارف والشروط لازما أو غير لازم من ناحية التغيير فيه فهل يكون لازما بالنسبة لمن يثبت له الحق بمعنى أنه لا يملك إسقاط ما له من الحق بمقتضى هـذا الشرط أو لا يكون لازما ويكون له الحق فى إبطاله والتنازل عنه ؟ . ذكر زين

(١) الزيلعى ج ٣ ص ٣٢٩ والهندية ج ٢ ص ٤٠٨

ابن نجيم فى الأشباه مسائل وقع الاشتباه فى سقوطها بالإسقاط وعد منها ما إذا شرط الواقف لنفسه شرطا فى أصل الوقف كشرط الإدخال والإخراج والزيادة والنقصان والاستبدال فأسقط حقه من هذا الشرط . ثم قال : وينبغى أن يقال بالسقوط فى الكل إلا فى إسقاط الريع وفيما إذا أسقط الواقف حقه فيما شرطه لنفسه أو لغيره ، واستظهر فى البحران من له حق الإخراج إذا أسقط حقه فيه يسقط ، وقال فى رسالة له : إن الواقف إذا شرط لنفسه الإدخال والإخراج . . الخ أو شرطه لغيره فأسقط حقه فى ذلك الشرط ينبغى ألا يسقط ، وذكر فى الأشباه أيضاً أن هذه الشروط لا يصح إسقاطها إن كانت مشروطة فى وقف حكم به متضمناً للشروط لأن الوقف بعد الحكم لازم بسبب الحكم ، وهو شامل للشروط ، فلزمت كلزومه ، هذا ما قاله ابن نجيم ، وهو تارة يستظهر السقوط وتارة يقول بعدم السقوط . ونقل البيرى القول بعدم السقوط عن قاسم بن قطلوبغا والكافيجى والطرابلسى ، ثم قال : إن فى خزانة الأكمل ما يقتضى صحة السقوط . ونقل الشيخ عمر بن نجيم فى إجابة السائل إفتاء الأقصرائى وابن عبيد الله والمناوى بالسقوط ومخالفة قاسم والكافيجى فى ذلك[1] . ومن يرجع إلى ما كتبه هلال فى الأبواب الخمسة الأخيرة من كتاب الوقف[2] لا يتردد فى أن كون هذه الشروط تسقط بالإسقاط مذهب الحنفية ، وأنه لا محل ، بعد الذى جاء به وتناقله كبار فقهاء المذهب فى كتبهم بدون تعليق ، لاختلاف هؤلاء المتأخرين . أما إسقاط الحق فى الريع فسيأتى القول فيه إن شاء الله .

والمالكية يقولون بلزوم ما اشتمل عليه عقد الوقف من مصارف وشروط ، كما يقولون بأنه يجب اتباع شرط الواقف والعمل به إن لم يكن ممنوعاً وإن كان مكروهاً متفقاً على كراهته فلا يجوز العدول عنه إلى غيره ولو من الواقف ، لكن هل له أن يشترط فى وقفه لنفسه أو لغيره الحق فى تغيير ذلك ؟ يظهر أنه ليس فى هذه المسألة نص خاص عندهم منقول عن أئمة المذهب ، وقال الدسوقى فى حاشيته على الشرح الكبير أنه يؤخذ من عدم اشتراط التأبيد فى صحة الوقف أن اشتراط التغيير والتبديل

(١) كفاية المتخصصين (١١٣ ، ١٢٥ — ١٢٨) وإجابة السائل ٥٦ ، ٥٧ (٢) ص ٢٩١ — ٣٢٣

والإدخال والإخراج معمول به وفى المتيطى ما يفيد منع ذلك ابتداء ويمضى إن وقع ففى الحطاب عن النوادر والمتطية وغيرهما أنه إن شرط فى وقفه أنه أن وجد فيه رغبة بيع واشترى غيره أنه لا يجوز له ذلك فإن وقع ونزل مضى وعمل بشرطه[١].

أما الشافعية فالوقف عندهم وضع على اللزوم فى كل شىء ، فكما يلزم فى عقده يلزم أيضاً فى المصارف والشروط واللزوم فى ذلك مقتضى من مقتضيات العقد حتى أنه لو شرط فيه ما يخالفه بطل الوقف بهذا الشرط ، فلو شرط فى وقفه لنفسه أو لأجنبى أن له أن يحرم من يشاء أو يزيد من يشاء أو أن يقدم أو أن يؤخر أو أن يغير فى شىء من شروطه بطل الوقف كما فى الأنوار وحواشيه[٢] وتحفة المحتاج[٣] وشرح المنهج[٤] وغيرها ، ولا نعلم أن فى ذلك خلافاً عندهم .

وجمهور الحنابلة على أن ما يشتمل عليه الوقف من المصارف والشروط لازم ويعمل فيه بشرطه وجوباً وليس له أن يشترط فى الوقف ما لا يتفق مع هذا ، ولكن اللزوم فى المصرف يكون بالنسبة لبقائه موقوفاً عليه لا لتعميم الاستحقاق فى الموقوف عليهم فى كل وقت فلو شرط فى وقفه لنفسه أو لغيره أنه له تغيير شروطه أو أن له تحويل الوقف عن الموقوف عليه إلى غيره أو أن له إخراج من يشاء من الموقوف عليهم وإدخال من يشاء من غيرهم كان شرطه باطلا . أما إذا شرط أن له أن يعطى من يشاء من أهل الوقف ويحرم من يشاء منهم كان شرطه جائزاً لأن ذلك ليس بإخراج للموقوف عليه من الوقف وإنما هو تعليق لاستحقاقه فى الوقف بصفة ، ويميل الحارثى إلى عدم الفرق بين الإدخال والإخراج وبين الإعطاء والحرمان . ومن الواضح أن شرط الزيادة والنقصان مما يندرج تحت تغيير الشروط ولا يمكن إلحاقه بالإعطاء والحرمان لأن العلة التى ذكرها غير الحارثى لاتتحقق فيه . هذا هو رأى جمهورهم ، أما الإمام ابن تيمية فقد قال : إن الشرط المباح باطل على الصحيح المشهور حتى لو تساوى فعلان عمل بالقرعة وإذا قيل هنا بالتخيير كان له وجه . وقال أيضاً فى الاختيارات ولا يلزم الوفاء بشرط الواقف إلا إذا كان

---

(١) الدسوقى جـ ٤ ص ٨٧ ، ٨٨ (٢) جـ ١ ص ٤٣٢ (٣) جـ ٢ ص ٣٢٤ (٤) جـ ٣ ص ٣٢٩

مُستحباً خاصة ، وهو ظاهر المذهب أخذاً من قول أحمد فى اعتبار القربة فى أصل الجهة الموقوف عليها ، و إذا شرط فى استحقاق ريع الوقف العزوبة فالمتأهل أحق من المتعزب إذا استويا فى سائر الصفات . . . . . ويجوز تغيير شرط الواقف إلى ما هو أصلح منه و إن اختلف ذلك باختلاف الزمان ، حتى لو وقف على الفقهاء والصوفية واحتاج الناس إلى الجهاد صرف إلى الجند[1] .

وكلام ابن تيمية واضح فى أنه يذهب إلى أن الشرط المباح لا يلزم الوفاء به ، وهذا هو معنى بطلانه ، وأنه إنما يجب العمل بالشرط والوفاء به إذا كان مستحباً ، وأن المصرف لا يلزم ولا يتعين الصرف إليه إذا كان غيره أصلح منه ، وفى هذه الحال يصرف الريع إلى الأصلح . وقد أطلق إجازة التغيير فى المصرف وفى الشرط فكان شاملا لتغيير ذلك من الواقف ومن غيره . ورأيه ، و إن كان محل مناقشة جدية فى بعض المواطن ، عادل تماماً فى مجموعه وهو غاية فى المرونة ورعاية ما هو أصلح.

أما الإمامية فقد سبق أن نقلنا مذهبهم فى هذا[2] ، ومجمله أن لفقهائهم فى هذه المسألة آراء عديدة ، فمنهم من ذهب إلى أن ما يرد فى الوقف من مصارف وشروط يكون كله لازماً وليس لأحد تغييره شرط الواقف ذلك فى عقدة الوقف أو لم يشرطه، فلو شرط أن يخرج من وقفه من يشاء من الموقوف عليهم وأن يدخل فيه من يشاء من غيرهم وأن يفضل بعضهم على بعض إن شاء أو يسوى بينهم إن شاء كان ذلك كله باطلا لأنه اشتراط للتصرف فيا هو ملك غيره بلا خلاف . ومنهم من يرى لزوم الوقف بالنسبة لمن سماهم حين الوقف فلا يملك إخراجهم و إن شرط ذلك كان شرطه باطلا ولكنه يملك إدخال غيرهم معهم إن كان قد شرط ذلك . ومنهم من قال بجواز هذه الشروط جميعها إذا جعل الواقف إرادته وصفاً يناط به الدخول والخروج ، أما إذا شرطها على معنى أن له السلطة فى الإدخال والإخراج لم تجز .

٦٧ — وبالمقابلة بين أحكام هذه المادة و بين الراجح من الأقوال فى مذهب الحنفية يتضح أن التعديل جوهرى وواسع المدى :

---

(١) المغنى ج ٦ ص ١٩٥ ، الفروع ج ٢ ص ٨٧٧ ، الاختيارات ص ١٠٣ (٢) ص ٦١

١ — فقد أبيح للواقف أن يرجع عن وقفه وإن حرم نفسه من ذلك، إلا فى الأحوال المستثناة، وقد كان قبل ذلك لاحق له فى الرجوع أصلا.

٢ — وأبيح له التغيير فى مصارف وقفه وشروطه، وإن حرم نفسه من ذلك إلا فى بعض الأحوال، ولم يكن له من قبل حق فى هذا التغيير إلا إذا كان قد اشترطه فى عقدة الوقف اشتراطاً صحيحاً، أما إذا لم يكن قد اشترطه فإنه لا يملكه قطعاً، وإذا كان قد اشترطه ثم أبطل هذا الشرط فالحق فيما أرى أنه لا يملكه وإن هذا هو مذهب الحنفية وأن مخالفة بعض المتأخرين من فقهائهم فى هذا لا تعتمد على سند صحيح، وقد جرت المحاكم الشرعية من زمن بعيد على العمل بذلك.

٣ — منع من هذا التغيير فى الأحوال المستثناة، وإن كان قد اشترطه فى عقدة الوقف وبقى هذا الشرط قائماً، وقد كان له الحق فى ذلك عملا بشرطه.

٤ — أبطل تغييره فى غير الأحوال المستثناة إذا لم تتوافر شروط التغيير، وقد كان تغييره من قبل يقع صحيحاً بدون قيد ولا شرط متى كان يملكه عملا بشرطه.

وعدم جواز الرجوع عن الوقف فى الأحوال المستثناة، وعدم صحته فى غير هذه الأحوال إذا لم تتوافر الشروط القانونية، وجواز تغييره وصحته عند توافر الشروط فى غير الأحوال المستثناة متى كان له فى ذلك اشتراط صحيح لا يزال قائماً، وعدم جواز تغييره فى الأحوال المستثناة وعدم صحته فى غير هذه الأحوال لعدم توافر الشروط إذا لم يكن فى الحالين قد اشترط ذلك لنفسه أو كان قد اشترطه ثم أبطله قبل حصول التغيير، كل ذلك استبقاء للراجح من مذهب الحنفية.

أما جواز رجوعه عن الوقف فى غير الأحوال المستثناة وصحته عند توافر الشرائط فهو عدول عن الراجح وأخذ بقول الإمام أبى حنيفة نفسه. وجوازه منه إذا أبطل حقه فيه أخذ بمقتضى مذهب الإمام وتطبيق لأحكام المادة السادسة من بطلان الشرط إذا كان غير صحيح فإن اشتراط عدم الرجوع عن الوقف ولزومه فى حياة الواقف شرط غير صحيح لمنافاته لعقد الوقف فى نظر هذا القانون ما بقى الواقف حياً.

وجواز تغييره فى مصارف الوقف وشروطه فى غير الأحوال المستثناة إذا لم يكن

قد اشترط ذلك أو كان قد اشترطه ثم أبطله أخذ بمقتضى قول الإمام أبي حنيفة فى جميع الأحوال و بما اختاره ابن تيمية إذا كان التغيير فى المصارف إلى ما هو أصلح أو كان التغيير فى شروط مباحة . وعدم جواز التغيير فى الأحوال المستثناة إذا كان له شرط فيه ولم يبطله ، وعدم صحته فى غير الأحوال المستثناة إذا كان له فيه شرط قائم ولكن لم يتوافر ما اشترطه القانون لصحة التغيير ، أخذ بما ذهب إليه جمهور الحنابلة من بطلان شرط التغيير و بطلان شرطى الإدخال والإخراج و بما مال إليه الحارثى من بطلان شرطى الإعطاء والحرمان وبما اختاره ابن تيمية من بطلان اشتراط الواقف أن يفعل مايراه مطلقاً لمخالفته للشرع وبمذهب الشافعية وهو بطلان اشتراط الواقف التغيير فى مصارف وقفه وشروطه و بأحد الأقوال فى مذهب الإمامية فى جميع الأحوال و بالقولين الآخرين عندهم فى بعض الأحوال .

وقد أثير فى لجنة الأحوال الشخصية كلام كثير حول تخريج حكم الرجوع عن الوقف وما يمكن أن يكون سنداً فقهياً له . وقال المعترض أن جواز الرجوع عن الوقف قول الإمام أبى حنيفة وهو مبنى عنده على ما ذهب إليه من عدم لزوم الوقف وعدم خروج الموقوف عن ملك الواقف ، فالأخذ بجواز الرجوع عن الوقف يستلزم حتما بقاء الموقوف على ملك الواقف وجواز تصرفه فيه و بيعه فى دين الواقف و إن كان قد حدث بعد الوقف وميراثه عنه إذا مات ، ولكن لجنة الأحوال الشخصية تريد الأخذ بالرجوع ولا تريد الأخذ بهذه اللوازم ومنها البقاء على الملك ، فهى تريد الأخذ بخروج الموقوف عن ملك الواقف لتمنع جواز التصرف فيه و بيعه فى الدين الطارىء وميراثه عنه إذا مات فبأى سبب يعود إلى ملك الواقف إذا كان حياً ولورثته إذا كان ميتا ما دام قد خرج عن ملكه ، فما تريده اللجنة لايتفق مع القواعد الفقهية وليس لها أن تخترع أسباباً جديدة للملكية لم يقل بها أحد من الفقهاء . وقد طالت المناقشة فى ذلك واشتدت واحتدت ، ولكن جميع أعضاء اللجنة عدا المعترض لم يروا هذا الرأى ، وقالوا إن من منهج اللجنة ألا تلتزم فى المسألة الواحدة مذهباً معيناً بجميع آثاره ولوازمه ، والرجوع عن الوقف كغيره

من المسائل الكثيرة التى اختارت اللجنة أحكام كل مسألة منها من مذاهب متعددة ورأوا أنه ليس ثم ما يمنع من القول بأن للوقف فى حياة الواقف جميع خصائص الوقف اللازم سوى خاصة عدم الرجوع وحدها ، أخذاً فى الرجوع بقول من يراه و بقية خصائص الوقف اللازم بقول الآخرين ، فما دام لم يرجع لا يكون له حق التصرف فى الموقوف ببيع ولا هبة ولا رهن ولا أى تصرف آخر يتنافى مع الوقف ومتى مات قبل الرجوع لم يورث عنه وصار الوقف لازما ، وأساس الاعتراض وهو مسألة الملكية أساس فاسد ، فبقاء الموقوف على ملك الواقف ليس لازماً من لوازم الحق فى الرجوع دون غيره ولا يتنافى مع منع الواقف من التصرف ولا مع عدم ميراثه عنه ، فالمالكية يقولون ببقاء الموقوف على ملك الواقف ومع ذلك يمنعونه من التصرف فيه و يقولون أنه لا يورث عنه لأن ملكيته له ملكية ناقصة وهذا بعينه أحد الأقوال فى مذهب الإمام أحمد ، كما أن القول بخروج الموقوف عن ملك الواقف لا يمنع من عودة الملك إذا زال سبب الخروج واللجنة لا تخترع أسباباً للملكية ولا تقول إلا بما قال به جمهرة من الفقهاء لو فرض أنها قالت بالخروج ، فقد صرح كثير من الفقهاء غير الحنفية بأن الرجوع عن التصرف الذى أفاد الملك يكون سبباً فى عودة المتصرف فيه إلى ملك المتصرف ، وقال الحنفية وغيرهم أنه متى تمت الهبة الصحيحة بالقبض خرج الموهوب عن ملك الواهب وأنه إذا رجع فى هبته بعد ذلك رجوعاً صحيحاً عاد الموهوب إلى ملكه، وأبو يوسف ومحمد يقولان بلزوم الوقف وخروج الموقوف عن ملك الواقف ومع هذا يقول أبو يوسف فى إحدى الروايتين عنه أنه إذا انتهى الوقف المؤقت عاد الموقوف إلى ملك الواقف أو ملك ورثته وكذلك يقول محمد أن الموقوف إذا تخرب عاد إلى ملك الواقف أو ملك ورثته ، فانهار الاعتراض بمسألة الملكية والقول باختراع أسباب جديدة لها، وتمحض أن يكون الأمر تخيراً وأخذاً بعدم اللزوم بالنسبة للرجوع و باللزوم بالنسبة لمنع التصرف فى الموقوف ولعدم ميراثه ، ولا حرج فى هذا وهو متفق مع منهج اللجنة الذى أقره جميع أعضائها وعملوا به قبل هذه المسألة

وبعدها [1] . ولهذا اقتنعت اللجنة بأن السند الفقهى موجود وأن التخريج سليم ومتفق مع القواعد الفقهية فلم تتردد فى إقرار ذلك .

٦٨ — ومسألة الرجوع عن الوقف والتغيير فى مصارفه وشروطه كانت فى طليعة المسائل التى لاقت عناية كبرى من البداية للنهاية ، وكثر فيها الأخذ والرد وطالت مناقشتها وتباينت فيها الآراء وتعددت الاقتراحات .

أما اللجنة التحضيرية فرأت أن تراعى الضرورات فحسب وأن تيسر على الناس بقدرها فى حدود ضيقة منضبطة ، لهذا اقترحت أن يكون للواقف الحق فى أن يشترط فى وقفه الخيار مدة تكفى للتروى ، وأن يشترط فيه لنفسه أن يبيعه كله أو بعضه إذا احتاج إلى ذلك ، وأن يشترط للموقوف عليه أن يبيع من نصيبه ماتدعو حاجته إلى بيعه ، ولكن لجنة الأحوال الشخصية بعد البحث والمناقشة قررت بأكثرية أن يكون للواقف الرجوع عن وقفه الأهلى صدر قبل القانون أو بعده من غير نظر إلى مايكون قد حمله على الرجوع كما قررت أنه لاحق له فى تغيير مصارفه وشروطه إلا إذا كان قد اشترط ذلك ، أما الوقف الخيرى فقد قررت أنه لاحق له فى الرجوع عنه صدر قبل القانون أو بعده ، وأنه لايملك التغيير فى مصارفه وشروطه إلا بالاشتراط ، ولكن ليس له أن يجعله غير خيرى مهما كان شرطه ، وكان لا بد لها والحال هذه من وضع حد فاصل بين الأهلى والخيرى فذهبت إلى اعتبار الوقف أهلياً إن كان حين الوقف أهلياً وإن صار خيرياً عند الرجوع واعتباره خيريا إذا كان خيريا حين الوقف وإن كان عند الرجوع أهلياً ، ومن البين أن هذا الاعتبار كان محض تحكم لا أساس له من الحكمة والمصلحة ولا يقره منطق ، أما الأقلون من أعضاء هذه اللجنة فقد ذهبوا إلى أنه لا يصح الرجوع عن الوقف الأهلى إلا عند الحاجة وبإذن من المحكمة [2] .

ولجنة العدل بمجلس الشيوخ رأت فى العرضة الأولى أن يكون للواقف الحق فى الرجوع عن وقفه ، أهلياً كان أو خيريا ، وقد ذهبت إلى ذلك رغبة منها

(١) جلسة ١٢ يناير سنة ١٩٤٢ (٢) جلستى ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ ، ١٢ يناير سنة ١٩٤٢

فى اتساق التشريع ومراعاة لوحدة المذهب ، فإن من أجاز الرجوع عن الوقف من الفقهاء أجازه فى الأهلى وفى الخيرى على السـواء ، ومراعاة لوحدة السبب ، فالاعتبارات التى دعت إلى الأخذ بإباحة الرجوع عن الوقف كما تطرأ على من وقف أهلياً تطرأ على من وقف خيريا . ورأت أيضاً أن يكون للواقف الحق فى تغيير مصارف وقفه وشروطه شرط ذلك لنفسه أو لم يشرطه ، استبقى ما شرطه أو لم يستبقه وأبطله وحرم نفسه منه ، وذلك لأن من يملك الرجوع عن الوقف يملك من باب أولى الرجوع عما سماه من المصارف وما اشترطه فى وقفه من الشروط . ولما استقر رأيها على الأخذ بهذه الأحكام استبعدت من المشروع ما كان به من النصوص التى وضعت للفرق بين الوقف الأهلى والوقف الخيرى فى نظر المشروع لعدم الحاجة إليها.

ولما تقرر كل هذا لفتُ الأنظار إلى أن إباحة الرجوع عن الوقف بإطلاق تشمل المسجد وهذا ما لم يقل به أحد ، ولفتها أيضاً إلى أن المساجد ستتأثر تأثيراً واضحاً بتأقيت الوقف وبالرجوع عنه ، وهى حتى الآن لا تعمر إلا بما جعل لها ابتداء وما آل إليها من ريع الأوقاف وليست كغيرها من وجوه الخير الأخرى التى تعنى بها الدولة وتسخو لها الخزانة العامة بالمال ، فاستجابت اللجنة لذلك وقررت استثناء وقف المسجد وما وقف عليه من الرجوع ومن التغيير وقالت فى تقريرها « ولم يستثن من ذلك إلا وقف المسجد وما وقف عليه طبقاً للنصوص الشرعية » ولا يجهل أحد من الشرعيين النص الشرعى فى معنى الموقوف والموقوف عليه ، وفى جميع الأطوار التى مر بها القانون بعد هذا لم يناقش نص هذه الفقرة فى مدلوله ولم يعلق عليه أحد بأية كلمة[1].

ومجلس الشيوخ أولى هذا الموضوع فى المرة الأولى عناية كبرى ونظره فى عدة جلسات ، وقد طالت فيـه المناقشة وبلغت الاقتراحات بشأنه عشرة ؛ فمنها عدم

---

(١) قدمت فى ص ١٥٤ أن دلالة نص الفقرة الثالثة وإرادة الشارع ومقارنة هذه الفقرة بالفقرة الثانية وحكمة التشريع كلها تعين أن « ما وقف عليه » جار على عمومه وشامل لما وقف على المسجد آل إليه استحقاقه حين الرجوع أو لم يؤل ، ولكنى سمعت من يقولون أن معنى هذه العبارة هو ما وقف على المسجد ابتداء ويحتجون بأن الوقف على المسجد وقف خيرى والوقف =

الرجوع أصلا ، ومنها عدم الرجوع فى النوعين إذا كان الاستحقاق لغير الواقف حين الرجوع ، ومنها إجازة الرجوع فى النوعين بقدر الثلث ومنعه فى الثلثين ، ومنها عدم الرجوع فى الخيرى إذا كان الاستحقاق للجهة الخيرية حين إرادة الرجوع ، ومنها عدم الرجوع فى المنشئات التى رصدت للمنفعة العامة ، ولكن المجلس أقرّ ما اقترحته لجنة العدل ورفض ما عداه . وأخيراً أثير موضوع ما إذا كان الاستحقاق نظير عوض أو كان ملك الواقف للموقوف ملكا صوريا ، والحالة الأولى لم يلق حكمها مقاومة تذكر ، أما الثانية فقد كثر فيها الأخذ والرد ، وقاوم وزير العدل أول الأمر حكمها لما رآه من أن القول بقيام الوقف ولزومه ينطوى حتما على اعتبار أن الواقف كان مالكا لما وقفه ملكا حقيقياً حين الوقف ، والحكم المقترح مبنى على اعتباره غير مالك ، فيكون هذا جمعاً بين المتناقضات ، ثم شكلت لذلك لجنة خاصة مكونة من ثلاثة : من بينهم المقرر والمقترح ، فوضعت صيغة تضمنت منع سماع الإشهاد فى الحالتين فحسب ولم تعرض لحكم الرجوع نفسه وأقر المجلس ما صنعت[1] .

= الخيرى هو ما جعل للخير ابتداء فإذا قلت لهم أن القانون لم يعبر بكلمة خيرى ومع هذا فتعريف الخيرى بما ذكرتم لا يعرف عن أحد من الفقهاء وما كان بالمشروع رغم ما فيه من التحكم المحض قد استبعد وكفينا خيره وشره فلا سند لكم ولا حجة فى تعطيل عموم النص ، إذا قلت لهم هذا لووا رءوسهم ولم يحيروا جواباً وتغافلوا عما يلزم رأيهم من الاضطراب والشناعة ، فمن لوازمه جواز الرجوع عما وقف على المسجد إذا لم يكن الوقف عليه ابتداء ولكن الاستحقاق قد آل إليه حين الرجوع ، وعدم جوازه فيما وقف عليه ابتداء وكان مصرفه أهلياً حين الرجوع . وسمعت أيضاً من يقولون أن المعنى بما وقف على المسجد هو الموقوف الذى استحق المسجد ريعه بالفعل حين الرجوع لا فرق فى ذلك بين ما وقف عليه ابتداء أو بعد غيره ، ومبلغ حجتهم أنهم يستعينون بما جاء فى المادة ٤٧ من قولها « إذا كان الوقف على جهة بر . . . » مع أنه لا يراد إلا جهة بر مستحقة ، ولكن هذه حجة غاية فى الضعف والوهن فالدليل على إرادة الخصوص فى المادة ٤٧ موجود فى سياقها وواضح أتم الوضوح فى المذكرة التفسيرية ، أما هنا فقد تعددت الأدلة على إرادة العموم فالأمر مختلف ، وتفسير ما وقف بما استحق ريعه تعسف وعبث بالألفاظ ومعانيها لم أعرف له شبيها حتى اليوم ، ومن الهزل أن يتمسحوا بما جاء بالمذكرة التفسيرية فإنها بدأت بذكر المعنى العام الذى يشترك فيه النوعان ثم أعقبت ذلك بمعنى يختص بما جعل للمساجد خاصة ، وأمر ذلك كله واضح أتم الوضوح ولكن . . . . . .

(١) جلسات ٢٩ مارس ، ٣ ، ٤ أبريل ، ١٧ ، ٢٣ مايو ، ١١ يولية سنة ١٩٤٤

ولجنة التنقيح أعطت للرجوع حكمه فاستثنت الحالتين على الوجه الوارد بهذه الفقرة ووضعت فى أحكام التوثيق الإجراء الملائم لذلك . كما أنها راعت أن تكون صياغة هذه الفقرة أدق مما كانت فاستعملت عبارة « ما وقفه » بدلا من كلمة «الوقف» قطعاً لكل لبس فى فهم المراد من شمول العبارة للوقف كله و بعض الوقف.

وفى مجلس النواب أقرت المادة كما قدمت ، وقد اقترح أن يزاد بآخرها « إلا بتصريح من هيئة التصرف التابع لها الواقف » وقد حمل المقترح على هذا ما ذكره من أنه يرغب فى التيسير على من وقفوا على أنفسهم وذريتهم وحرموا أنفسهم من الشروط العشرة خوفاً من الحجر ثم ساءت حالهم ، ولا شك أن هذا الاقتراح نشأ عن خطأ فى فهم المادة ، وقد هممت بشرح الموضوع و إيضاحه ولكنى ما كدت أطلب الكلمة حتى كان الاقتراح قد رفض ، ولو عرف المقترح ما يجرى الآن بالمحاكم الشرعية لغير رأيه ولاقترح منع هؤلاء من الرجوع براً بهم ورحمة بذويهم ولطالب بأن يكون هذا استثناء ثالثاً . واقترح آخر عدم جواز الرجوع عن الوقف الخيرى بحال من الأحوال ولكن اقتراحه رفض أيضاً[1] .

أما مجلس الشيوخ فى المرة الثانية فلم يُبْدَ به نحو هذه المادة سوى أن أحد الشيوخ استفسر عما إذا كان يجوز الرجوع ممن حرم نفسه من الشروط العشرة إذا اتفق هو والموقوف عليه على الرجوع وقال هل يكون هناك ضرر من الرجوع فى هذه الحال؟. فأجابه المقرر بقوله كيف يرجع الواقف الذى حرم نفسه من الشروط العشرة فى وقف أصبح لا شأن له فيه ، أما بالنسبة للموقوف عليه ، فالمفروض أنه ليس له إلا الشروط التى ذكرها الواقف[2]. والاستفسار ينقصه شيء من التهذيب والدقة لكن معناه واضح ، و إجابة المقرر بعدم جواز الرجوع صحيحة ولكن توجيهه قد اكتنفه كثير من الغموض، وقد قدمت ما فيه الكفاية عند الكلام على التراضى على فسخ المعارضة والاتفاق على الرجوع .

---

(١) جلسة ٢٣ يناير سنة ١٩٤٦ (٢) جلسة ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٦

الشروط العشرة

مادة ١٢ — للواقف أن يشرط لنفسه لا لغيره الشروط العشرة أو ما يشاء منها وتكرارها، على ألا تنفذ إلا فى حدود هذا القانون.

مادة ١٣ — فيما عدا حق الواقف الذى شرطه لنفسه يكون الاستبدال فى الوقف من اختصاص المحكمة الشرعية، ولها ذلك متى رأت المصلحة فيه.

٦٩ — معنى كلمة الشروط العشرة : هى كلمة محدثة الاستعمال فى المعنى المراد هنا ولم ترد فى كلام الفقهاء، ولكنها استعملت فى هذا المعنى من أمد بعيد فى كتب الواقفين وفى فتاوى بعض المتأخرين وفى لغة المحاكم حتى أصبح مدلولها محدوداً ومنضبطا وصارت كلمة اصطلاحية، ولهذا وحُبًّا فى استعمال كلمة جامعة اختارت اللجنة التحضيرية استعمالها فى متن القانون، ولكن أحد أعضاء لجنة الأحوال الشخصية طالب بأن تستبدل بها كلمة أخرى لأنها كلمة غير شرعية، ولكن اللجنة بعد المناقشة فى ذلك قررت استبقاءها واستبقيت على أن يبين ما تتناوله فى المذكرة التفسيرية.

والشروط العشرة فى هذا الاصطلاح هى الأعطاء، والحرمان، والإدخال، والإخراج، والزيادة، والنقصان، والتغيير، والإبدال، والاستبدال، والبدل أو التبادل، وقد اعتاد الواقفون أن يذكروها معاً فى كلام واحد، ومنهم من يتبع التغيير بكلمة « التبديل » ومنهم من يزيد على هذه الشروط « الأسقاط » وهو شرط لا أعرف أن أحداً من الفقهاء ذكره بين الشروط ولم أقف على استعماله فى كلام الواقفين إلا فى شروط وقف نقلها المهدى فى فتاواه، ولست أدرى حتى

الآن ما يقصد منه على وجه التحديد، وهو قطعاً ليس مما تتناوله « الشروط العشرة » .

و إذا كان للواقفين عرف واصطلاح فى مدلول كلمة « الشروط العشرة » فإنهم ليس لهم عرف خاص فى معنى أى شرط من الشروط التى تتناولها ، فالمرجع إذن فى معنى كل شرط منها هو ما ذكره فقهاء الحنفية مع مراعاة أحكام المادة العاشرة من هذا القانون . وكثير من مؤلفى الحنفية قد اكتفوا بسرد هذه الشروط دون أن يبينوا معنى كل منها تاركين ذلك للدلالة اللغوية ومن هؤلاء الخصاف ، ولكن هلالا ذكر فى وقفه من الأحكام والصور فى كل شرط ما يكفى لتحديد معناه ، وهو فى الواقع لا يتجاوز المعنى اللغوى . وقبل أن أورد معنى كل شرط من هذه الشروط وأن أبين مدى تداخلها ، يحسن بى ، إيضاحا لما سيجىء فى بعض الصور ، أن أنبه إلى ما قرره فقهاء الحنفية من أن المصرف الأصلى لكل وقف هم الفقراء ، وأن الواقف إذا سمى فى وقفه مصرفا آخر سواهم ، قصد به البر والصلة ، أو أراد منه القربة والصدقة ، كان ذلك استثناء من المصرف الأصلى وشرطاً اشترطه فى وقفه . ولذا قالوا فى جميع أحوال الانقطاع برجوع الغلة إلى الفقراء لأنهم المصرف الأصلى لكل وقف .

الإعطاء : قد يكون الغرض من اشتراطه إثبات الحق لمن شرط له فى ذكر مصرف استثنائى ، وذلك فى حالة ما إذا كان الواقف لم يسم فى عقدة وقفه مصرفا استثنائياً أصلا ، وحينئذ قد يكون الحق فى تسمية المصرف الاستثنائى مطلقاً ، وقد يكون مقيداً ، ومثال الأول أن يقول : أرضى صدقة موقوفة على أن أعطى غلتها لمن شئت ، أو لمن شئت من الناس . ومثال الثانى أن يقول : على أن لى أن أعطى غلتها لمن شئت من بنى فلان . ويكون له فى الحالين أن يعطى الغلة كلها أو بعضها لمن جعلهم موضع مشيئته أو لبعضهم ، ولو واحداً ، مدة معينة أو طول حياة من أعطاها له ، ولكن ليس له فى حالة التقييد أن يعطيها أو شيئاً منها لغير من سماهم . وشرط الإعطاء فى هذه الصورة يكون معناه إدخال من يشاء فى الوقف كمصرف

استثنائى ، ويلزم من استعماله حرمان المصرف الأصلى من الغلة أو بعضها فى المدة التى يستحقها من أدخله فى الوقف .

وقد يسمى الواقف من أول الأمر مصرفا استثنائياً ويكون الغرض إذ ذاك من شرط الاعطاء هو اختصاص بعض من سماهم بالغلة ، كقوله : أرضى صدقة موقوفة على أولادى وذريتى على أن لى أن أعطى غلتها لمن شئت منهم ، فله إذن أن يختص بغلتها واحداً منهم أو أكثر طول حياته أو مدة معينة ، وله أن يختص بها فريقاً منهم دون فريق مدة معينة أو إلى انقراضهم ، ولكن ليس له أن يعطي شيئاً منها لغيرهم ، كما أنه لا يملك بمقتضى هذا الشرط وحده أن يرجع فيما أعطى ، فمعناه فى هذه الصورة اختصاص بعض الموقوف عليهم بالغلة حين توزيع كل غلة تظهر من غير أن يقرر لكل منهم سهاماً معينة ، أو أن يجعلها لبعضهم حقاً ثابتاً بالتساوى أو بالتفاضل ، واختصاص بعضهم بالكل يلزم منه حرمان الآخرين حرماناً كلياً أو جزئياً تبعاً لحالة الاعطاء ، وليس من مفهوم الاعطاء ولا من لوازمه إخراج الموقوف عليه من أن يكون من أهل الوقف ، حتى إذا انقرض المختصون وكان غيرهم موجوداً استحق نصيبه من الغلة . وقد يكون الغرض من هذا الشرط إعطاء الغلة أو بعضها لغير من سماهم ، ومن لوازم هذا حرمان من سماهم مما يعطيه لمن يدخلهم فى وقفه ، كأن يقول : صدقة موقوفة على أولادى وذريتى على أن لى أن أعطى غلتها لمن شئت من غيرهم أو من بنى فلان . وقد يكون الغرض منه ما يتناول اختصاص بعضهم والصرف إلى غيرهم ، كأن يقول : على أن لى أن أعطى غلتها لمن شئت ، أو لمن شئت منهم ومن غيرهم ، أو لمن شئت منهم ومن بنى فلان ، ويكون له حينئذ أن يختص بها أو ببعضها من شاء منهم ومن غيرهم أو من بنى فلان مدة معينة أو إلى انقراض من اختصه ، وإذ ذاك يوجد إدخال كلى أو جزئى وحرمان كلى أو جزئى . ومن هذا النوع ما يرد فى كتب الواقفين من اشتراط الاعطاء مطلقاً ، فهو بإطلاقه يتناول إعطاء من يشاء منهم ومن غيرهم .

وقد قال هلال : ان مثل الإعطاء فى المعنى « الوضع » و « الجعل »

و « الاختصاص » . أما الخصاف فلم يذكر فى كتابه لفظ الاعطاء .

الحرمان : لا يدخل هذا الشرط إلا حيث يكون هناك مصرف استثنائى . فلو قال : صدقة موقوفة على بنى فلان على أن لى أن أحرم من شئت منهم ، كان له أن يحرم من شاء منهم من الغلة أو بعضها ، مدة معينة أو إلى انقراضه ، وفى حالة الحرمان من بعض الغلة قد يتحقق معنى النقصان ، وذلك فى حالة ما إذا كان للمحروم من البعض نصيب معين قبل الحرمان ، وفى صورة الحرمان من جميع الغلة مدة الحياة يتحقق معنى الإخراج فى هذا المحروم ، ولا يملك بمقتضى هذا الشرط وحده أن يجعل نصيب المحروم أو ما منعه عنه لغير الموقوف عليهم فيكون مردوداً عليهم وإذ ذاك يستلزم الحرمان معنى الزيادة .

الادخال : معناه إدخال غير موقوف عليه وجعله من أهل الوقف ليكون مستحقاً من وقت الإدخال أو بعد ذلك ، وقد يصاحب هذا الشرط مصرف استثنائى وقد لا يصاحبه ، وفى الحالة الأولى قد يلزم من إدخال آخر مع الموقوف عليهم نقصان فى أنصبة المستحقين منهم . والإدخال بجميع صوره يندرج فى الإعطاء ، وقد يكون هذا هو السبب فى إغفال الخصاف للاعطاء .

الاخراج : هو جعل الموقوف عليه من غير أهل الوقف أبداً أو لمدة معينة يكون بعدها من أهله ، ومفهومه مغاير لمفهوم الحرمان ، وقد يجتمع المفهومان ، فالإخراج إلى الأبد حرمان ، والحرمان إلى الأبد إخراج . وكذلك يقال فى الحرمان والإخراج مدة معينة ، وينفرد الحرمان فى حرمان الموقوف عليه من بعض نصيبه الذى كان قد سمى له فهذا لا يسمى إخراجا ، وقد يستلزم الإخراج الزيادة فى بعض الحالات .

الزيادة : ومعناها تفضيل بعض الموقوف عليهم على الباقين بشىء يميزه به حين توزيع الغلة أو أن يجعل فى نصيبه فضلا على بقية الأنصبة على الدوام . وقد تكون الزيادة فى الحالة الثانية ليست من أنصبة الباقين وقد تكون من أنصبتهم وإذ ذاك تستلزم الزيادة النقصان حتما . وقد ذكر الخصاف هذا الشرط بلفظ

الزيادة وذكره هلال بلفظ التفضيل، وقال: إن له أن يفضل أحدهم فيعطيه الغلة إلا درهما، ولكن ليس له أن يجعل الغلة كلها لواحد منهم دون الباقين لأن هذا اختصاص لا تفضيل.

النقصان: هو إعطاء بعض الموقوف عليهم أقل مما أعطى الآخرين عند التوزيع حيث لم تكن هناك أنصبة معينة أو تخفيض ما سبق أن عينه له، ويجب في النقصان أن يعطى المنقوص شيئاً أو يبقى له من نصيبه شيئاً وإلا كان عمله حرماناً لا نقصاناً. ومقتضى ما ذكره هلال في التفضيل أنه لو أبقى له أي شيء مهما كان حقيراً كان منقوصاً لا محروماً، ولكن إحدى المحاكم الشرعية قد حكمت بأن من نقص نصيب الموقوف عليه ولم يبق له من نصيبه إلا نذراً يكاد يكون في حكم العدم ولا يسمى في العرف استحقاقا، يعتبر ذلك منه حرماناً لا نقصاناً ويكون لغواً لأنه لم يكن له حق في الحرمان، وهذا فيما أرى أعدل وهو تحكيم للعرف في معنى الشرط. والنقصان قد يستلزم الزيادة.

التغيير: هذا الشرط أعم من الشروط السابقة ويتناولها جميعها، وذكره بعدها يكون بمثابة إجمال بعد تفصيل، فلو لم يذكر سواه لملك من شرط له كل ما تفيده الشروط الستة السابقة مجتمعة، ويملك مع هذا قطعاً بعض ما كان يمكن التشكك في تناول الشروط الستة له، كتقديم المتأخر من الموقوف عليهم وتأخير المتقدم والترتيب بينهم بعد أن كانوا مشتركين والجمع بينهم بعد أن كانوا مرتبين. وإذا أردف التغيير بالتبديل اعتبره المتأخرون توكيداً لمعناه إلا إذا أمكن صرفه لمعنى آخر لم يذكر كالاستبدال فإنه يصرف إليه، فإن التأسيس خير من التأكيد[1].

بهذا اتضح معنى كل شرط من هذه الشروط السبعة وظهر مدى تداخلها واستلزام كل منها لما يستلزمه من بقيتها، وأن التغيير هو الشرط الجامع لمعاني كل ما قبله وفيه غناء عن ذكره. أما بقية الشروط العشرة وهي الإبدال والاستبدال والبدل فيأتي الكلام عنها في الاستبدال.

---

(١) الأنقروية جـ ١ ص ٢١٨

وقد نقل المهدى[1] عن الطورى أن ابن الفرس أفتى بأن شروط الإدخال والإخراج والزيادة والنقصان لا ترجع إلا إلى مصارف الوقف. ولا شك أن الإعطاء والحرمان مثلها فى ذلك بل هو فيها أظهر. فليس لمن شرطت له هذه الشروط أن يغير بمقتضاها إلا فى مصارف الوقف وفى الشروط التى يكون التغيير فيها تغييراً فى المصارف، وليس له زيادة شرط أو نقصان شرط من الشروط الأخرى، ولا إخراج عين من أعيان الوقف و إدخال عين أخرى بدلا منها إن لم يكن له الحق فى الاستبدال.

وأحكام الشروط العشرة كثيرة ومتنوعة، ومنها ما كان مثار إشكالات وجدل بين المتأخرين من فقهاء الحنفية أدى إلى اختلاف المحاكم، وكانت لهذه الأحكام مكانة عالية فى القضاء الشرعى، ولكن دولة الشروط العشرة بالمحاكم قد دالت وقضت عليها أحكام المادتين ١١ و ١٢ من مواد هذا القانون فلم يبق لها منذ الآن شأن يذكر إلا فى أحوال نادرة جداً. ولولا أن شرح الأحكام الواردة بالمادة الثانية عشرة، يتطلب تحديد معنى هذه الشروط ما عنيت ببيانه فى هذا الشرح.

وقد أورد هذا القانون من أحكام الشروط العشرة: (١) أن للواقف أن يشرطها أو ما يشاء منها لنفسه وتكراره. (٢) ليس له أن يشرطها أو شيئاً منها لغيره. (٣) من له الحق فى الاستبدال. (٤) متى يسوغ الاستبدال.

٧٠ — اشتراط الواقف الشروط العشرة لنفسه: أباحت المادة الثانية عشرة للواقف أن يشترط لنفسه الشروط العشرة فى وقفه وأن يشترط تكرارها، واعتبرتها شروطاً صحيحة ولكنها اشترطت لنفاذ التصرفات المبنية عليها ألا تتجاوز الأحكام والحدود التى رسمها هذا القانون، ولم تتناول الشروط الأخرى. والعناية بالنص على ذلك تدل دلالة واضحة على فهم أن الشروط العشرة لا تثبت للواقف إلا إذا

---

(١) المهدية جـ ٢ ص ٧٠٩

شرطها فى عقده وأنه لا يملك تكرارها إلا إذا شرط ذلك أيضا، وهذا المعنى صحيح بالنسبة للشروط الثلاثة، شروط الاستبدال، فقد عرفنا من قبل أن الوقف لازم بالنسبة للعين الموقوفة فلا يملك الواقف التبديل فيها إلا بالشرط، كما نص فى المادة الثالثة عشرة على أن الاستبدال من حق المحكمة إذا لم يكن الواقف قد شرطه لنفسه، وما دام الأصل فى ثبوت الحق فى الاستبدال هو الشرط وحده فالواقف لا يملك تكراره إلا إذا دل الشرط على أن له الحق فى ذلك. أما الشروط السبعة الباقية فقد عرفنا معناها وأنها مجتمعة ومنفردة لا تفيد إلا التغيير فى المصارف ومايتعلق بها من الشروط فحسب، وحق الواقف فى التغيير فى مصارف وقفه وشروطه الواردة بالمادة ١١ يتناول كل ما تعطيه هذه الشروط وأكثر منه، وقد أثبتت له تلك المادة التغيير وإن حرم نفسه منه، وقد بينا أن نصها يعطيه الحق فى تكرار التغيير، فما فائدة اشتراط هذه الشروط السبعة، وما الداعى إلى النص عليه هنا؟!! ليس لهذا النص فائدة أصلا بالنسبة للشروط السبعة. هذا إلى ما يخلقه من الاضطراب والتناقض، فبينما يشعر النص هنا بأن الحق فى هذه الشروط وتكرارها متوقف على الاشتراط ولا يثبت بدونه تنص المادة الحادية عشرة على أن الحق فى هذا وفى أكثر منه ثابت للواقف بحكم القانون وثابت له ثبوتاً أكيداً لا يقبل الإبطال، فحقه فيه ثابت وإن حرم نفسه منه. وبينما تنص الفقرة الثانية على أن كل شرط لا مصلحة فيه للواقف أو الوقف أو المستحقين يكون باطلا، تقول له المادة الثانية عشرة لك أن تشترط هذه الشروط السبعة التى لا حاجة إلى اشتراطها ولا فائدة من ورائها وتكون صحيحة نافذة فى حدود هذا القانون!!! لقد وضعت لجنه الأحوال الشخصية هذا النص لأنها كانت تذهب إلى أن الواقف لا يملك التغيير فى المصارف والشروط إلا إذا كان قد اشترط ذلك فى عقدة الوقف، ولكن مجلس الشيوخ فى العرضة الأولى قد أعطاه هذا الحق على الوجه الوارد بالمادة الحادية عشرة فلم تكن إذ ذاك حاجة لهذا النص، وكان الواجب أن يعدل ويجعل قاصراً على الاستبدال وحده.

لقد قال رئيس مجلس الشيوخ الحالى حين العرضة الأولى: إن هذه المادة لا فائدة

منها بعد أن تقررت أحكام المادة التى قبلها فرد عليه رئيس المجلس إذ ذاك بأنها ضرورية لأن الواقف يجوز له أن يشترط الشروط العشرة لغيره . ولعله أراد أن يقول « لا يجوز » لأن النص المعروض إذ ذاك هو النص الحالى وهو يمنع الاشتراط ، وكان من حق الاعتراض أن يوجه إلى اشتراط الواقف الشروط السبعة لنفسه دون شروط الاستبدال ودون بقية أحكام المادة فإن الحاجة إلى النص عليها ماسة ، وقد جارت لجنة التنقيح والمجلسان فى المرة الثانية مجلس الشيوخ فى المرة الأولى ، وكانت الدقة تقضى بأن يكون نص المادة : للواقف أن يشترط لنفسه الاستبدال وتكراره ، وليس له أن يشترط لغيره الشروط العشرة أو شيئاً منها ، ولكنك كنت تسمع دائماً : لا داعى للتعديل ! لا ضرر !

أما شرط النفاذ هذا فقد بينا فى شرح المادة الحادية عشرة أنه شرط لا حاجة إليه فوق ما أدى إليه استثناؤه . على أننا مهما أطلنا تقليب أحكام هذا القانون لا نجد فيه حداً ولا حكما هاماً لاستبدال الواقف ، وهو ما ترجى فائدته فيه إن كانت ، سوى ما نص عليه فى المادة الأولى من اشتراط الإشهاد لصحته .

٧١ — <u>اشتراط الواقف الشروط العشرة لغيره</u> : وقد منعت المادة المشار إليها الواقف من أن يشترط لغيره هذه الشروط أو شيئاً منها ، فليس له أن يشترط لغيره تغييراً فى مصارف وقفه ، ولا أى شرط يكون فى العمل به تغييراً فى المصارف ، ولا أن يشترط له الاستبدال بأنواعه ، فهو ممنوع من هذا الاشتراط ، فإذا اشترطه كان شرطاً باطلا وكان كل تصرف يتم بناء عليه تصرفاً باطلا ، ومنع الواقف من اشتراط ذلك لغيره عام يتناول اشتراطه ذلك بنفسه ، واشتراطه ذلك بواسطة من ينوب عنه ، فلو اشترط فى وقفه أن لغيره أن يشترط هذه الشروط أو ما يشاء منها لمن يشاء فاشترطها من شرط له هذا لآخر كان هذا الاشتراط باطلا ، لأن من شرطها نائب عن الواقف فى ذلك فكأنه هو الذى اشترطها بنفسه للثالث ، وكما يبطل اشتراط هذه الشروط لغير الواقف يبطل اشتراطه لغيره أن يشرطها لمن

شاء، فهذا وأن لم يكن اشتراطاً للشروط العشرة نفسها شرط لافائدة فيه ولايمكن العمل به فكان باطلا .

وليس للواقف أن يجعل الحق فى هذه الشروط لغيره لا فى حياة الواقف ولا بعد موته،ولكن هذا المنع لايحول بينه و بين التوكيل فى التصرفات التى يملكها بماله من حق التغيير فى مصارف وقفه وشروطه بمقتضى أحكام هذا القانون ، ولا بين التوكيل فى الاستبدال الذى اشترطه لنفسه فى عقدة الوقف ، وقد قيل فى لجنة الأحوال الشخصية كيف نمنع الواقف من اشتراط الشروط العشرة لغيره فى حياته مع أن هذا توكيل منه ، وكيف نبطل شرطه مع أننا لانبطل توكيله ، وماذا يفيد إبطال شرطه وهو يملك أن يوكل به توكيلا دائماً ؟ . . ولكن اللجنة راعت أن هناك فرقاً بين الاشتراط فى الحياة و بين التوكيل ، فالاشتراط فى الحياة ليس توكيلا من كل وجه و إنما هو كالتوكيل . ألا ترى أن الفقهاء قد قالوا إنه لو اشترط هذه الشروط لنفسه ، ولم يشترط أن له أن يشرطها لغيره ، لم يملك ذلك ولكن له أن يوكل فيها ، وانما جاز التوكيل لاعتبارات خاصة [1] والحق أن الفرق نظرى محض كما قال المعترض .

ومما سبق يتضح أنّ ما كان يقع من أن الواقف كان يقف أعيان وقفه وقفاً صحيحاً ولا يسمى له مصارف معينة ويشترط لآخر فى عقدة الوقف الحق فى تسمية المصارف التى يشاؤها أصبح بعد صدور هذا القانون غير جائز، لأنه ممايدخل فى نطاق الشروط العشرة ، إذ أنه فى الواقع تغيير فى المصرف ، فقد عرفت من قبل أن المصرف الأصلى للوقف هم الفقراء فإذا لم يسم مصرفاً آخر كان لهم ، و إذا سمى مصرفاً آخر كان ذلك شرطاً واستثناء من المصرف الأصلى ، ولهذا يكون شرطه هذا غير صحيح و إن شرط لغيره أن يصنع ذلك فى حياته ، ولكن توكيله فى ذلك جائز . وإذا وقف وقفه و بين مصارفه وشرط أن لآخر أن يبين شروطه و يفصله على الوجه الذى يريده صح هذا الشرط فيما لا يدخل فى نطاق الشروط العشرة كالنظر وتعيين

(١) جلسة ١٦ فبراير سنة ١٩٤٢

أرباب الوظائف وعزلهم وطرق الاستغلال والعمارة . ويبطل فيما يندرج تحتها كاشتراط حرمان مستحق من استحقاقه إذا ارتكب أمراً معيناً . كما يتضح أن شرطه للناظر احتجاز جزء معين من الريع ليشترى بما يجتمع منه عيناً تكون وقفاً ملحقاً بوقفه شرط صحيح لأنه شرط اشتمل على بيان مصرف ووصية بالوقف وليس من باب الاستبدال .

ولم تعرض هذه المادة لغير الشروط العشرة فبقى ما يخرج عن نطاقها من الشروط خاضعاً لبقية أحكام هذا القانون وللأحكام الأخرى التى تطبقها المحاكم الشرعية . والشروط الأخرى نوعان : نوع منها يثبت للواقف الحق فى اشتراطه والتغيير فيه كلما أراد شرط ذلك فى عقدة الوقف أو لم يشرطه ، وذلك ما يتعلق بالنظر على وقفه . أما النوع الآخر فهو ما عدا شروط النظر ، وهذه لا تثبت للواقف ولا لغيره إلا إذا شرطت له فى عقد الوقف أو اشترط فيه أن له الحق فى اشتراطها فيما بعد ، وليس لأحد التغيير فيها إلا إذا شرط له هذا الحق فى عقدة الوقف أيضاً ، وما يشترط من هذه الشروط يكون خاضعاً لأحكام المادة السادسة والفقرة الثانية من المادة ٢٢ وغيرها من أحكام هذا القانون فى الشروط .

الاستبدال : أطلق الفقهاء كلمة الاستبدال ، وأرادوا بها بيع الموقوف عقاراً كان أو منقولا بالنقد ، وشراء عين بمال البدل لتكون موقوفة مكان العين التى بيعت ، والمقايضة على عين الوقف بعين أخرى . هذا هو استعمال الفقهاء ولكن قد طرأ عرف آخر للموثقين من زمن بعيد فأطلقوا الاستبدال على شراء عين بمال البدل لتكون وقفاً ، والإبدال على بيع الموقوف بالنقد ، والتبادل أو البدل على المقايضة ، وقد تحددت هذه المفاهيم فى المحاكم وأصبح كل منها يغاير الآخر وله مدلوله الخاص به ، ورعاية لذلك اختارت اللجنة التحضيرية التصريح بالأنواع الثلاثة فى متن القانون . ولكن ذلك قد لاقى اعتراضاً بلجنة الأحوال الشخصية ومطالبة باستعمال اللفظ الفقهى وحده ، وبعد المناقشة فى ذلك استقر رأيها على استعمال الاستبدال فقط مع إرادة تناوله للأنواع الثلاثة وإيضاح ذلك بالمذكرة التفسيرية[1] .

---

(١) جلسة ١٦ فبراير سنة ١٩٤٢

والاستبدال بهذا المعنى ، كما قدمنا ، لا يشمل شراء مستغل بفاضل الريع ولا بمال البدل ، ولا شراء عين من الريع لتكون وقفا طبق شرط الواقف .

من يملك الاستبدال : الأصل فى نظر هـذا القانون ان استبدال الوقف (استبدالا كان أو إبدالا أو تبادلا بالمعنى العرفى) من حق المحكمة الشرعية ، وقد يكون فى بعض الأحايين من حق الواقف ، أما غيرهما فإنه لا يملكه بحال من الأحوال ، و إن شرطه الواقف له كان شرطه باطلا ، اشترط الواقف ذلك له فى حياته أو بعد مماته .

ولا يثبت هذا الحق للواقف إلا إذا كان قد شرطه لنفسه فى عقدة الوقف ، فإذا تم وقفه ولم يكن اشترط فيه لنفسه هذا الحق لم يملكه كما أنه لا يملك اشتراطه لنفسه بعد عقدة الوقف . و إطلاق القول فى المادة ١٣ يقضى بأن الواقف متى شرط ذلك لنفسه ملكه فى جميع الأحوال ، ولكن هذا الاطلاق مقيد بما جاء فى المادتين (١٤ و ١٥) من أن الشراء بمال البدل المودع بخزانة المحكمة تقوم به محكمة التصرفات ، فالاستبدال ، بمعنى الشراء بمال البدل ، لا يملكه الواقف إذا كان مال البدل مودعاً بخزانة المحكمة و إن كان قد اشترطه لنفسه فى عقدة الوقف كما هو واضح من مجموع هذه النصوص . واستثناء الشراء فى الحالة الواردة فى المادة ١٥ مستقيم والوجه فيه بين ، أما استثناؤه الوارد فى المادة ١٤ فلا يظهر له وجه ، وليس من المستقيم أن يقول القانون للواقف إنى أحترم شرطك فى الإبدال وفى التبادل وفى الاستبدال إذا لم يكن مال البدل فى خزانة المحكمة ، ولكنى لا أحترم هذا الشرط ولا أعطيك حق الشراء إذا كان مال البدل مودعا بخزانة المحكمة ، فما قيمة مقر مال البدل ومادخله فى ذلك ؟ وكيف صلح لأن يؤثر هذا الأثر ؟ ! الذى أعتقده بحق أن ذلك لم يكن مقصوداً لأحد ولم يجر إليه إلا التعديل (الترقيع) وحده ، ومقارنة النصوص قبل التعديل و بعده شاهدة بذلك . ولو أن كلمة « المحكمة » الواردة بالمادة ١٤ لم تكن موجودة وأسند الفعل إلى المجهول لاستقام الأمر من هذه الناحية .

ويثبت هذا الحق للواقف بالشرط فى جميع الأوقاف ، أهلية كانت أوخيرية ، كان له حق الرجوع عنهـا أو لم يكن ، واتساق التشريع كان يقضى بألا يكون للواقف الاستبدال فى الأوقاف التى لايملك الرجوع عنها حتى لا يتخذ منه وسيلة لمضارة من أراد القانون حماية حقوقهم بمنع الواقف من الرجوع . وقد كانت الأحكام التى وضعتها لجنة الأحوال الشخصية منسقة من هذه الناحية ولكن غيرها لم يشأ أن يراعى هذا ، وقد يخفف من وقع هذا ما جاء بالفقرة الأولى من المادة الرابعة من وجوب رفض الإشهاد إذا اشتمل على تصرف ممنوع أو باطل .

والاستبدال من الواقف لا يكون صحيحاً إلا إذا صدر به الإشهاد المنصوص عليه فى المادة الأولى ، وطبقاً لأحكام المادة الثانية يختص بسماع هذا الإشهاد رئيس المحكمة أو من يحيله عليه من القضاة والموثقين . وبهذا الوضع أصبح الاستبدال غير خاضع لرقابة محكمة التصرفات ، فلا يعرض أمره عليها لبحثه وإصدار قرار بالموافقة عليه ولتقوم بعد بسماع الإشهاد به ، كما كان ذلك متبعاً بالمحاكم الشرعية ، بل يملكه الواقف مستبداً به من غير أن يكون لهذه الهيئة رقابة عليه ، وبهذا صار خارجاً عن نطاق الاستبدال الوارد بالمادة ٢٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، ولكن هذا لايخليه من رقابة من يسمع الإشهاد طبقاً للفقرة الأولى من المادة الرابعة . فإذا ظهر لمن يسمعه أن فى الاستبدال غبناً فاحشاً على جهة الوقف رفض سماع الإشهاد به ، لأنه تصرف باطل لايملكه طبقاً لأحكام القانون وللأحكام الأخرى التى تطبقها المحاكم الشرعية . وكذلك يرفض سماعه إذا لم تظهر فيه مصلحة بل تبين أنه يقوم بذلك مضارة للموقوف عليهم الذين لا يملكون الرجوع عن الوقف عليهم لأنه تصرف ممنوع ، ويرفض سماعه أيضاً إذا اتضح أنه اتخذه وسيلة للتحايل على أحكام هذا القانون والوصول من طريقه إلى وقف مايريد وقفه وقفاً أهلياً لاترضاه أحكام هذا القانون ، كمن يستبدل بخمسة أفدنة من وقفه الصادر قبل هذا القانون مؤبداً على نسله وذريته خمسين فداناً من الأطيان المملوكة له المماثلة لأرض الوقف فى التربة والجودة والصقع وغير ذلك ، أوالتى تكون خيراً منها فيما ذكر ، فلا ريب

أن مثل هذا الواقف قد اتخـذ الاستبدال حيلة لأن يقف هذا الفرق وقفاً أهليـاً لا يتفق مع أحكام هذا القانون فلا يسمع منه هذا الإشهاد مهما كان فيه من خير لجهة الوقف ظاهراً لاشتماله على التصرف الممنوع ، ولو فرض أن من يسمع الإشهاد غفل أو تغافل فى حالتى الغبن أو التحايل فمن البدهى أن سماع هذا الإشهاد لا يحول بين المحاكم القضائية و بين إبطال هـذا التصرف متى رفع الأمر إليهـا .

ولا يملك الواقف الاستبدال الذى شرطه لنفسه إلا إذا كان أهلا للتصرف المالى ، فلا يملكه المجنون والمعتوه الذى لا يعقل أصلا ، ولا المعتوه الذى يعقل والمحجور للسفه أو الغفلة أو من حجر لأنه فى حكم السفيه إذا لم يكن كل منهم مأذوناً بذلك ممن يملك الإذن له به طبقاً لقانون الأهلية الذى يخضع له حين هذا التصرف ، وذلك لأن الاستبدال ليس إلا بيعاً أو شراء ، وهو من التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فلا يملـكه ذلك المحجور بدون إذن ، ولو استبدل بدونه كان تصرفه باطلا وإن فرض أنه صدر به الإشهاد المنصوص عليه فى المادة الأولى لأنه إشهاد صدر ممن لا يملك هذا التصرف ، والإجازة اللاحقة لا تصحح هذا الإشهاد لأنه لا عبرة بها فى نظر هذا القانون ولا يمكن أن ينقلب الباطل صحيحاً كما قدمنا[1] . وطروء الحجر على الواقف لسبب من الأسباب لا يبطل حقه فى الاستبدال ولا شرطه فيه ، وليس ذلك إلا من باب طروء المانع لا طروء المبطل فإذا زال المانع عاد الحق إلى ظهوره بعد اختفائه فيكون له الحق فى الاستبدال ، وشرط الاستبدال يختلف عن شرط النظر فى هذا المعنى . وإذا أراد الواقف أن يستبدل بالوقف من ملـكه هو فليس له أن يتولى طرفى العقد كما هو المنصوص عليه ، ومحكمة التصرفات لا تملك فى هذه الحال أن تباشره كطرف فيه على أنه مسموع لديها لأن سماع الإشهاد بالاستبدال من الواقف من اختصاص الرئيس أو من يحيله عليه فى جميع الأحوال بمقتضى أحكام المادتين الأولى والثانية ، وحضور هذه الهيئة أمام الرئيس كطرف ليس مستساغا ، فالسبيل الملائمة هى إقامة ناظر خاص على الوقف ليتولى العقد عن جهة

(١) ص ٤٩

الوقف ، ولاريب أن للواقف الحق فى إقامة النظار على وقفه وعزلهم ، وهو مطلق التصرف فى ذلك فله الحق فى إقامة مثل هذا الناظر ، وليس من الضرورى أن يصدر بهذه الإقامة إشهاد أياً كان ويكفى فيه إقرارهما به أمام من يسمع الإشهاد ، والأمر لا يعدو أن يكون شكلياً ليصح العقد طبقاً للأوضاع الفقهية . وللواقف أن يتولى حقه فى الاستبدال بنفسه أو بواسطة وكيل عنه ، كان لديه عذر أو لم يكن ، كان الوكيل قريباً أو صهراً أو لم يكن ، كان التوكيل فى ذلك خاصاً أو ضمن توكيل عام ، وله التوكيل فى ذلك وإن لم يصح اشتراطه لغيره فى حياته وإن كان هذا الشرط يعتبر فى حكم التوكيل ، لأن الفقهاء مع هذا يفرقون بين اشتراط ذلك للغير وتوكيله فيه كما أسلفنا[1] .

٧٢ — وإذا لم يكن الاستبدال حقاً للواقف على النحو الذى بسطناه كان من حق المحكمة ، أى محكمة التصرف فى الأوقاف ، تباشره بما لها من الولاية العامة على الأوقاف : (١) فلها الحق فيه إذا لم يكن للواقف فيه شرط أصلا (٢) أو كان له فيه شرط باطل كما لو لم يشرطه لنفسه وشرطه لغيره فى حياته أو بعد موته فليس له ولا لغيره حق الاستبدال فى هذه الحال . ولا يقال إن اشتراطه لغيره اشتراط منه لنفسه وإن لم يذكر ذلك كما صرح به الفقهاء لأن كلامهم فى اشتراطه لغيره اشتراطاً صحيحاً وقد قالوا بذلك تصحيحاً لكلامه نظراً إلى أن المشروط له يتولى ذلك نيابة عنه . ولكن هذا القانون قد أخذ ببطلان الشرط لغيره فلا محل هنا لدلالة الاقتضاء التى لا يلجأ إليها إلا لتصحيح كلام معتبر فما دام هذا القول باطلا لا يصح بحال فلا مدخل فيه لدلالة الاقتضاء بداهة (٣) ولها الحق فيه أيضاً إذا لم يكن للواقف حق فيه لعدم اعتبار شرطه كما فى الحالتين الواردتين فى المادتين (١٤و١٥) ، (٤) ولها الحق فيه أيضاً إذا كان الواقف قد اشترطه لنفسه فى عقدة الوقف ثم عاد فأسقط هذا الشرط[2] جرياً على ما هو التحقيق من مذهب الحنفية الذى استقر

---

(١) ص ٢١٦

(٢) إسقاط هذا الشرط ليس من التغيير ولا يشمله أى نوع من الأنواع الواردة بالمادة الأولى فلا تتوقف صحته على صدور الاشهاد المبين بها ، وإذا أريد الاشهاد به كان سماعه كبقية الاشهادات الأخرى على النحو الوارد فى المادة ٣٦٢ من اللائحة .

عليه عمل المحاكم الشرعية أخيرا[1] (٥) ولها أيضاً الحق فى الاستبدال إذا كان الحق فيه للواقف ولكنه أباه مع ظهور المصلحة فيه للوقف ، حقاً إن الفقهاء قد قرروا أن الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة ولكنهم مع هذا قرروا فى إجارة الوقف مايكاد يكون صريحاً فى أن من تكون له ولاية التصرف فى الوقف إذا أبى الأصلح أجراه القاضى[2] ، ويؤيد هذا المعنى الأصل الذى تقوم عليه الولاية العامة وما قرره الفقهاء من إذن القاضى بمخالفة شرط الواقف إذا كانت هناك مصلحة للوقف فى مخالفته ، وهذا هو المتعين فى هذه الحال طبقاً لأحكام هذا القانون ، فإن العمل بهذا الشرط مع هذا التعنت لافائدة فيه للوقف وفيه ضرر فيكون إذ ذاك باطلا طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢ — (٦) ولها الحق فيه أيضاً إذا شرط الواقف عدم الاستبدال وكانت المصلحة فى مخالفة هذا الشرط — (٧) ولها الحق فى الشراء بأموال البدل طبقاً لما هو وارد بالمادتين ١٤ و ١٥ — (٨) ولها الحق فى إبدال بعض الموقوف لعمارة باقية طبقاً للفقرة الثالثة من المادة ٥٥

وقد أطلق حق المحكمة فى الاستبدال ولم يقيد بوقف دون وقف فلها هذا الحق فى جميع الأوقاف أهلية كانت أو خيرية ، وإن كانت مسجداً ، فهى تملك تحويل المسجد ونقله من مكانه إلى مكان آخر متى وجد ما يسوغ هذا .

وقد نص هذا القانون كما نصت المادة ٢٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن الاستبدال من اختصاص المحكمة الشرعية فلا يكون حقاً لغيرها من المحاكم والجهات المصرية ومعرفة المحكمة الشرعية المختصة يرجع فيه إلى المادة المشار إليها مع مراعاة ما سيأتى فى شرح المادة التالية .

ومتى كان حق الاستبدال للمحكمة سارت هيئة التصرفات فى مادته طبقاً للقواعد التى تسير عليها فى مواد التصرفات عامة وفى مواد الاستبدال خاصة ، ويستأنف من تصرفها ما تبيح أحكام المرافعات استئنافه . وعند توقيع الصيغة تكون الهيئة أحد طرفى العقد ، ومتى وقعت الصيغة كان هذا من الهيئة سماعاً للإشهاد

---

(١) ص ١٩٧ ، ١٩٨ (٢) البحر ج ٥ ص ٢٣٦

أيضاً ، والاستبدال الصادر منها ليس مما يندرج فى المادة الأولى فلا تتوقف صحته على ما جاء فى تلك المادة فبمجرد صدوره يكون صحيحاً .

٧٣ — متى يسوغ الاستبدال : لم تعرض المادة الثالثة عشرة لما يسوغ الاستبدال من الواقف وبينت ما يسوغه من المحكمة فحسب حيث تقول : « ولها ذلك . . » والسر فى هذا أن الاستبدال من الواقف لا يكون إلا بالشرط ، وفى هذه الحالة لا يحتاج إلى مسوغ عند الحنفية على الصحيح متى كان البيع بثمن المثل أو بما يتغابن فيه كما سيأتى ذلك فى النبذة الخاصة بنقل أقوال الفقهاء ، فلم تكن ثمة حاجة إلى ذكر شىء عن مسوغات الاستبدال منه ويكون خاضعاً للقواعد العامة فى هذا القانون وخاصة الفقرة الثانية من المادة الثانية والعشرين . فإذا أراد استبدالا فيه ضرر أو استبدالا لا نفع فيه أصلا اعتبر شرطه بالنسبة لهذين التصرفين شرطاً باطلا لأنه شرط لا فائدة فيه فلا يكون له فيهما شرط صحيح فلا يملكه .

أما إذا كان الاستبدال من المحكمة فإنها لا تملكه إذا كان فيه ضرر أو لم يكن فيه خير ولا شر ، ولا تملكه إلا إذا ظهر لها أن فيه مصلحة ، أى مصلحة كانت ، دفع ضرر جسيم أو غير جسيم أو جلب خير عظيم أو قليل ، والمدار على أن يكون ما يدعو إلى الاستبدال أمراً من الأمور التى تبعث الناس عادة على البيع وتكون غرضاً من الأغراض التى يقصدونها منه ، ويستوى فى ذلك ما إذا كانت هذه المصلحة عائدة الى المستحقين أو إلى أعيان الوقف وصلاح أمرها أو إلى إدارة الوقف والتمكين منها على الوجه الأكمل ، وليست المصلحة قاصرة على دفع الضرر فى حالة تخرب أعيان الوقف وعدم وجود ما تعمر به أو حالة ضعف غلتها ، ولا على جلب الخير الذى كان يزعمه بعض القضاة لعهد قريب حيث كانوا يذهبون إلى أن الاستبدال لا يجوز إلا حيث تتحقق الخيرية تمسكا بعبارات بعض الفقهاء ثم يفسرونها من عند أنفسهم بالخيرية التى ذكرها الفقهاء فى بيع مال اليتيم ، وكانوا لذلك يرون أن الاستبدال من وقف لوقف آخر محال لأنه متى تحققت الخيرية

لأحدهما حصل الغبن للآخر ، ليست المصلحة قاصرة على هذا فكما تتناوله تتناول سواه متى تحقق المعنى الذى ذكرنا وليست الخيرية كالتى زعموا . فللمحكمة أن تستبدل أعيان الوقف المتفرقة فى قرى متباعدة أو فى قرية واحدة وكانت قطعاً صغيرة لتشترى بثمنها أرضاً فى بلد واحد . أو أرضاً واحدة لتسهل الإدارة أو لتستغل استغلالا أجود وإن كان البيع بمالا يتغابن فيه . ولها أن تستبدل حصة الوقف لتتخلص من الشيوع وإن كان فيما يقبل القسمة . ولها الاستبدال إذا كانت أعيان الوقف فى جهة لا خير فى التعامل مع أهلها . ولها استبدال الأرض الزراعية بالدور إذا كان من إليهم أمر الوقف لا يحسنون القيام على الأمور الزراعية وكذلك العكس . ومن أهم المصالح التى تدعو إلى استبدال الوقف تيسير قسمته ، فإذا كانت أعيانه لا تقبل القسمة وطلب بعض مستحقيه بيعها ليشترى بها ما يمكن قسمه أو لقسم مال البدل أجابت المحكمة طلبه تحقيقاً لهذه المصلحة الهامة ، ولها استبدال أعيان الوقف انتهازاً لفرصة ارتفاع الأسعار متى رغب فى ذلك المستحقون مفضلين بيع الأعيان واستغلال مال البدل حتى تحين الفرصة المناسبة لشراء أعيان أخرى ووضحت المصلحة فى ذلك ، ولها أن تستبدل المسجد لتحوله إلى جهة أخرى إذا تخرب ولم تمكن عمارته أو كان فى محلة هجرها الناس وتحولوا عنها وبقى المسجد غير مقصود من المصلين قصداً ذا بال ، أو كان فى محلة كثيرة المساجد المتقاربة ويراد نقله إلى جهة لا مساجد فيها أو تضيق مساجدها بأهلها ، كما لها نقله وتحويله إذا دعا إلى ذلك تنظيم الحى الذى يقع فيه وتخطيطه على وجه يكفل لأهله الصحة وتيسير حركة الانتقال .

٧٤ — أثر الاستبدال — الاستبدال بيع فى جميع الأحوال فهو من التصرفات التى تنشىء حقوقاً عينية أصلية على العين التى تخرج من الوقف والعين التى تدخل فيه ، فإذا كان البدلان أو أحدهما عقاراً وجب شهر هذا التصرف بطريق التسجيل طبقاً للمادة ٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ وقبل تسجيله لا ينشأ الحق العينى الذى يثبته التصرف وهو الملكية ولا يثبت إلا من يوم التسجيل ولكن يكون

لجهة الوقف أو لمن اشترى العقار الموقوف بمجرد تمام الاستبدال جميع الحقوق التى من شأنه أن يرتبها لأحد المتعاقدين سوى الملكية ، فلمشترى العقار من طرفى الاستبدال الحق فى تسلمه وملك ثمراته قبل التسجيل . فالاستبدال ينعقد صحيحا بمجرد حصوله ، إذا كان من المحكمة ، ومتى ضبط إشهاده ، إذا كان من الواقف . وكذلك تثبت الآثار المترتبة على الملكية من هذا الحين ، أما ما وضع العقد لإفادته وهو الملك فإنه لا يثبت إلا من تاريخ التسجيل دون أن يكون له أثر رجعى ، فلو أن من باع عقاره للوقف باعه لآخر قبل التسجيل وسجل المشترى الثانى قبل الوقف كان الملك له ، فمراعاة لهذا وحرصاً على مصلحة الوقف وخاصة إذا كان البائع غير ملىء أو من أهل الشغب يجب ألا يصرف الثمن إلى البائع إلا بعد التسجيل.

٧٥ — وأحكام المادتين (١٢ و ١٣) كما تطبق على الأوقاف التى تصدر بعد العمل بهذا القانون تطبق على الأوقاف التى صدرت قبله طبقاً للمادة ٥٦ ، وقد استثنى من تطبيق أحكام المادة الثانية عشرة على الأوقاف السابقة الشرط الخاص بنفاذ الشروط العشرة وهو : على ألا تنفذ إلا فى حدود هذا القانون . وقد فصلنا فى المادة ١١ كل ما يتعلق بهذا الاستثناء وما دار حوله[1] ، على أن أمر هذا الاستثناء هنا هين فقد بينا أن ما جاء بالمادة المذكورة من جواز اشتراط الشروط السبعة من نافلة القول ولا ينبنى عليه حكم وكذلك يكون الاستثناء منه ، فلم يبق إلا الاستبدال، وهو على كل حال يجب أن يكون خاضعاً لأحكام هذا القانون بالنظر إلى الأوقاف السابقة أيضاً فقد عرفت من قبل أن الشارع لا يريد غير هذا ، فإذا استبدل الواقف أعيان وقفه السابق لا يكون استبداله صحيحاً إلا إذا صدر به الإشهاد المبين فى المادة الأولى وضبط بدفتر المحكمة و إذا شرط الواقف لنفسه الاستبدال وكان شرطه لا فائدة فيه اعتبر كأنه لا شرط له فى الاستبدال بالنسبة لهذه الحالة فلا يكون استبداله نافذاً لأنه جاوز حدود هذا القانون .

وليس من بين أحكام هاتين المادتين ما يمكن أن يكون له شأن فى الأوقاف التى

---

(١) ص ١٨١ — ١٨٤

صدرت قبل العمل بهذا القانون بالنسبة للحوادث السابقة على صدوره سوى حكم واحد هو عدم جواز اشتراط الواقف الشروط العشرة لغيره واعتبار هذا الشرط لغوا ، فإن تطبيق هذا الحكم على الأوقاف السابقة بإطلاق يترتب عليه بطلان هذه الشروط من حين حصولها وينبنى على هذا أن جميع التغييرات والإستبدالات التى صدرت من غير الواقفين بناء على اشتراط الشروط العشرة لم تكون باطلة ، ولكن أحداً ممن اشتركوا فى وضع هذا القانون من البداية إلى أن صار قانوناً لم يرد ذلك والكل و إن اتفقوا على تطبيق هذا الحكم على الأوقاف السابقة قد اتفقوا أيضاً على أنه لا يسرى على الحوادث السابقة وأن البطلان ليس له أثر رجعى بل يكون من وقت صدور القانون فحسب وعلى أن تعتبر هذه الشروط صحيحة هى وما انبنى عليها قبل صدور القانون . وقد نصت لجنة الأحوال الشخصية فى مشروعها على أن البطلان لا يكون إلاّ من وقت العمل بالقانون ، ولجنة العدل بمجلس الشيوخ لم تخالف فى هذا الحكم و إن كانت غيرت صياغته ومكانه فصار النص « ولا ينبنى على تطبيق المادة (٠٠) على الأوقاف المذكورة لإبطال ما شرط بها من الشروط العشرة لغير الواقف المساس بالتصرفات التى تكون قد تمت فعلا بناء عليه قبل العمل بهذا القانون » ولما ذهبت لجنة التنقيح إلى جواز أن يشترط الواقف الشروط العشرة لغيره استبعدت هذا الحكم الذى أصبح واجب الحذف ، وقد أقر مجلس النواب ما صنعت ، ولكن مجلس الشيوخ فى المرة الثانية أعاد الحكم الذى وضعته لجنة الأحوال الشخصية من قبل وأقره هو فى المرة الأولى ، فكان من المتعين إذن إعادة النص الذى يمنع سريانه ، وقد نبهت المجلس إلى ذلك ، و بعد مناقشات ، أثبت اقتراحى إضافة الفقرة السابقة على المادة ٥٧ ضمن المستثنيات ووعد الرئيس بعرضه مع المقترحات فى الجلسة التالية ولكن الظروف فوتت عرضه فى الجلسة المذكورة و بقى معلقاً . هذا ما كان بشأن هذا الاستثناء ، ودلالته واضحة ، و إذا كان من كمال التشريع إدخال هذه الفقرة ، فإن عدم وجودها الآن لا يخل بالغرض وهو عدم إرادة الإطلاق فى سريان هذا الحكم على الأوقاف السابقة

وأن المراد هو سريانها من يوم العمل بهذا القانون فقط وأن التصرفات تبقى مصونة ، هذا هو القصد الذى لم يخالف فيه وهو الذى يجب العمل به .

وطبقاً للمادة ٦١ لا تطبق أحكام المادة ١٢ على الأوقاف المبينة بها ، سواء أصدرت قبل العمل بهذا القانون أم صدرت بعده ، فيعمل بما فيها من الشروط العشرة المشترطة لغير الواقف ، أما اشتراطها للواقف فيخضع أيضاً لمذهب الحنفية وحكمه لحكم هذه المادة ، ولكن هذا الاستثناء ليست له ثمرة تذكر مادامت المادة ١١ تطبق على هذه الأوقاف فلواقفى هذه الأوقاف كغيرهم من الواقفين الحق فى تغيير مصارف أوقافهم وشروطها و إن حرموا أنفسهم من ذلك غير أن تغييراتهم لا تخضع لأحكام الاستحقاق الواجب لأن مواده فى القانون لا تطبق على هذه الأوقاف فليس له فيها حدود من هذه الناحية .

٧٦ — أقوال الفقهاء : أما اشتراط الواقف الشروط العشرة فى وقفه لنفسه أو لغيره فقد سبق أن نقلت اختلاف الفقهاء فيه فمنهم من يراه اشتراطاً صحيحاً ومنهم من ذهب إلى أنه اشتراط باطل .

أما من يملك الاستبدال فالظاهر من كلام فقهاء المالكية أن الذى يملكه فى الأحوال التى يجوز فيها عندهم هو من له التحدث على الوقف من ناظر أو موقوف عليهم ، وليس فى كلامهم ما يشعر بأن مراجعة الحاكم فى ذلك مطلوبة[1] . أما الشافعية فقد اختلفوا فيمن يملكه فى الأحوال التى يجوز فيها عندهم ، فصاحب التحفة جزم بأنه الحاكم ونقل أن الأذرعى قال إن الذى يملكه هو الناظر الخاص وأن صاحب الأنوار جرى على ذلك وقال إنه مردود بأن الوقف ملك لله تعالى والمختص بالتكلم على جهاته تعالى العامة هو الحاكم دون غيره[2] أما الحنفية فمن رأى منهم جواز هذا الشرط فقد قال أن الاستبدال إذا كان مشروطاً فى عقدة الوقف ملكه من شرط له الاستبدال، وعبارة هلال والخصاف وغيرهما صريحة فى أن الاستبدال من المشروط له لا يتوقف على مراجعة القاضى فيه ولا إذنه به ، ولكن

(١) الخرشى جـ ٥ ص ٩٤ ، ٩٦ والدسوقى جـ ٤ ص ٩٢ (٢) جـ ٢ ص ٣٣٣

الشيخ عمر بن نجيم قال فى إجابة السائل : وذكر أنه لو شرط أن يبيع الوقف ويجعل ثمنه فى وقف أفضل منه إن رأى الحاكم بيعه أذن له فيه[1] . ولست أدرى من يعنيه ولا أين ذكر ذلك ، فإنى لم أجد هذا فى أنفع الوسائل مع العناية فى البحث عنه كما أننى لم أعثر عليه فى سواه حتى الآن . أما إذا كان الاستبدال جائزاً ولم يكن مشروطاً لأحد فالذى فى أدب القاضى وفى الخانية أنه لا يملكه إلا القاضى ، وقد روى ذلك عن أبى يوسف ، أما محمد فقد اختلفت الرواية عنه ، فروى عنه أنه يملكه الواقف وروى عنه أنه يملكه القاضى ، وروى عنه أنه يملكه الحاكم ، وقال فى البحر المعتمد أن الذى يملكه هو القاضى[2] .

ومسوغ الاستبدال محل خلاف كبير بين الفقهاء ، فذهب الحنفية إلى أن المسجد لا يجوز استبداله بحال و إذا شرط الواقف فى وقف المسجد أن له استبداله صح الوقف وكان الشرط باطلا[3] وقال ابن قدامة فى المغنى[4] أن المالكية والشافعية لايجيزون استبدال المسجد لأن المسجد أشبه الأشياء بالعتق ، ومانقله ابن قدامة تدل عليه عبارات كتب المالكية ، وقال ابن حجر فى التحفة[5] : ولو انهدم المسجد وتعذرت إعادته لم يبع بحال لإمكان الانتفاع به حالا بالصلاة فى أرضه ولا ينقض بناؤه المتهدم إلا إن خيف على النقض فيجوز إذ ذاك نقضه ويحفظ النقض إن توقعت عودة المسجد و إلا صرف لمسجد آخر فإن تعذر صرف للفقراء . وقال الحنابلة إن المسجد إذا تشعب جميعه ولم تمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه ، بيع ذلك البعض وعمر به الباقى ، وإن لم يمكن الانتفاع بشىء منه بيع جميعه ، وكذلك يباع المسجد إذا انتقل أهله عنه وصار فى موضع لا يصلى فيه أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه فى موضعه ، وقالوا أيضاً إن المسجد يحول خوفا من اللصوص و إذا كان موضعه قذراً بحيث يصرف الناس عن الصلاة فيه . وقد جاء فى رواية عبد الله عن أحمد النص على جواز بيع عرصته .

---

(١) ص ٨٠ (٢) أنفع الوسائل ص ١١٤ والبحر ج ٥ ص ٢٤٠
(٣) هلال ص ١٠٠ والانقروية ج ١ ص ٢١٨ (٤) ج ٥ ص ٢٢٦ (٥) ج ٢ ص ٣٣٤

هذا فى المسجد أما فى غيره فقد قال الحنفية إنه إذا شرط البيع والاستبدال جاز الاستبدال لمن شرط له، وقال هلال[1] إن باعها بأقل مما يتغابن الناس فيه بطل البيع وإن باعها بما يتغابن الناس فيه جاز البيع، وله أن يبيع بالنقد وله أن يبيع بعرض من العروض عند هلال وأبى يوسف ولا يجوز بالعروض على قياس قول أبى حنيفة وله أن يبيع بما بدا له من العقد فيما بدا له من البلاد، بعد أن تكون قيمة ما اشترى قدر ثمنها أو أقل بقدر ما يتغابن الناس فيه، ويشترى ما شاء قطعة أو قطعتين داراً أو أرضاً لأنه اشترط البدل ولم يسم أى شىء يكون البدل فكل ما اشترى بها فهو بدل، ولو شرط أرضا فليس له أن يستبدل بها داراً ولو شرط داراً فليس له أن يستبدل بها أرضاً، وما جاء بهلال نقل عنه فى معتبرات المذهب وورد بعضه فى الخصاف ولم يشر أحد إلى خلاف فى ذلك، وما جاء به واضح فى أنه مع الشرط يجوز الاستبدال خربت العين أو لم تخرب، قل ريعها أو لم يقل، بل هو صريح فى أن له أن يبيع بأقل من قيمتها بقدر ما يتغابن فيه فليس من شرط الاستبدال فى هذه الحال أن يكون الثمن أزيد من قيمتها ولا أن تكون العين خيراً منها بل يكفى لجواز ذلك انتفاء الغبن الفاحش.

وذكر ابن عابدين فى رد المحتار[2] أثناء الكلام فى شروط الاستبدال أن هذه الشروط إنما تشترط إذا لم يكن الواقف قد اشترط استبداله لنفسه أو غيره فلو شرطه لا يلزم خروجه عن الانتفاع ولا مباشرة القاضى له ولا عدم ريع يعمر به. ولكن الشيخ عمر بن نجيم لخص فى إجابة السائل رسالة للعلامة قاسم ونقل عنه أنه لا بد مع الاشتراط من حصول خلل لا ينجبر بالعمارة من الغلة أو من مال من له المنفعة أو بإجارة أو استدانة وأنه لا يكفى لجواز الاستبدال مع الشروط وجود راغب فى الاستبدال وإعطاء بدل أنفع من غير أن تكون هناك ضرورة[3]. وما نقل عن قاسم لا يعرف لأحد غيره فلا يعول عليه ولكن لا يخفى أن الاستبدال مع الشرط وإن لم يشترط فيه شىء من ذلك لا بد أن يكون ناشئاً عن مصلحة

---

(١) ص ٩١ — ١٠١ (٢) ج ٣ (٤٢٢ — ٤٢٤) (٣) ص ٨٤

وإلا كان عبثاً لا فائدة فيه وإخراجاً للعين الموقوفة عن الوقف من غير أن يوجد أي داع يدعو إليه .

هذا حكم ما إذا شرط ، أما إذا لم يشترط فقالوا فى البناء الموقوف إنه يحتفظ بالنقض لإعادته فى البناء ثانياً ولا يباع ، وإن لم تمكن إعادته بيع بإذن القاضى واحتفظ بثمنه ليشترى به ما يدخل فى البناء حين إعادته . أما الأشجار الموقوفة فإن كانت مثمرة فلا يجوز بيعها إلا بعد يبسها وقطعها وهى بمنزل البناء الموقوف وإن كانت غير مثمرة جاز بيعها قبل يبسها وقلعها لأنها بمنزلة الغلة[1] . وقالوا فى الفرس الذى يحبس فى سبيل الله أن نفقته فى بيت المال فإن لم يكن أجر ، ومعنى هذا أنه لا يمكن بيعه ما دام يمكن الإنفاق عليه من أجرته ، ولكن ما الفائدة منه إذا احتاج دائماً فى نفقته إلى أجرته . وفى الخصاف أنه إذا وقف أرضاً وله فيها رقيق وبقر يعملون فليس له أن يبيع الرقيق أو بعضهم أو يعتق أحدهم لأنهم صاروا وقفاً مع الأرض وأنه إذا ضعف بعض الرقيق أو البقر أو الدواليب وآلة الزراعة التى اعتبرت وقفاً عن العمل فله بيع ذلك وأن يشترى بثمنه مكانه ولو احتاج الشراء إلى شىء من الغلة ، فيعمل فى ذلك ما هو أصلح وأدر على أهله ، ويكون مثل هذا أيضاً لوالى هذه الضيعة ، ولم يذكر فى ذلك أنه اشترط فى العقد ولم يشر إلى أن عليه أن يرجع فى ذلك القاضى[2] . هذا ما قيل فى استبدال الموقوف المنقول أما غيره فقد اختلفت فيه آراء فقهاء الحنفية وعباراتهم ، وبعد أن رجعت إلى هلال والخصاف والخانية والأنقروية وأنفع الوسائل والبحر ورسالة صاحبه فى الاستبدال ورسالة قاسم فى الاستبدال وإجابة السائل ورد المحتار خرجت من مجموع ما جاء بها من الآراء والمناقشة والجدل بما يأتى : (١) من عبارات هؤلاء المؤلفين ما يفيد أن الاستبدال بدون الشرط لا يجوز وإن صارت الأرض أو الدار بحال لا ينتفع بها أما مصيرها فيأتى الكلام عنه فى انتهاء الوقف . (٢) ومنها ما يفيد جواز الاستبدال إذا خرج الوقف عن الانتفاع به أصلا أو قل ما يغله بحيث لا تفضل غلتــه عن مؤنته ،

---

(١) إجابة السائل ص ٨٦ (٢) ص ١٥٢

وإن لم يكن كذلك بل أمكن أن يؤخذ بثمن الوقف ما هو خير منه مع كونه ينتفع به لا يجوز الاستبدال لأن الواجب إبقاء الوقف على ما كان عليه ولا موجب لإجازته لأن الموجب عند الاشتراط هو الشرط وعند عدم الانتفاع هو الضرورة ولا ضرورة هنا والدافع هو حب الزيادة . ولست أدرى لماذا لا تكون الزيادة دائماً له قيمته وقد قالوا إن الموقوف يراد منه الربح والغلة وأن أحكام الوقف تدور مع المصلحة ، وما قيمة الإبقاء على العين إذا كان من ورائه فوات النفع وهل صارت مقدسة هذا التقديس لورود الوقف عليها ؟ ! ! (٣) ومنها ما يفيد عدم جواز الاستبدال إلا إذا حصل بالعين الموقوفة خلل ظاهر لا يمكن رفعه بالعمارة من غلتها أو مال من له منفعتها أو أجرتها أو الاستدانة . وهذا المعنى قريب من الذى قبله . (٤) ومنها ما يفيد جوازها إذا كان الوقف لا ينتفع به أو كان له ريع وغلة ولكن يوجد من يرغب فى أخذه وإعطاء آخر بدله أحسن منه صقعاً وأكثر غلة أو يرغب فى شرائه بثمن يمكن أن يشترى به ما هو خير منه .
ولم يذكر هؤلاء حداً للخيرية ولا للفضل فى الصقع والغلة بل أطلقوا القول فالواجب الاكتفاء بما يتحقق معه ذلك على أى وجه ، ولكن بعض القضاة فى زماننا هذا أبوا أن يفهموا معنى الخيرية هنا إلا على الوجه الذى قيل فى بيع مال الصغير فى بعض الأحوال فأضاعوا بذلك صفقات قيمة على كثير من الأوقاف .
(٥) ومنها مايفيد جواز الاستبدال متى رأى القاضى فيه المصلحة، وذكرت المصلحة مطلقة لم تفسر بمعنى خاص ولم تحد بحد محدود ، كما صنع أبو بكر الرازى فى أدب القاضى وكما قاله قاضيخان أخذاً مما تشير إليه عبارة السير ، وهذا المعنى أوسع المعانى جميعها وذكر قارىء الهداية أن العمل على ما تفيده العبارة الرابعة وقد قيل : إن الاستبدال فى صورة عدم الانتفاع متفق عليها وفى صورة الخيرية قول أبى يوسف ولكن صدر الشريعة قال إنه لايفتى بقول أبى يوسف فى هذا ، وقال صاحب البحر إن المعتمد إنه لا يجوز الاستبدال بدون شرط إلا إذا خرج الموقوف عن الانتفاع بالكلية وقال فى رسالة الاستبدال إن الخلاف إنما هو فى الأرضين ،

أما الدور فلا يجوز استبدالها إذا لم تخرج عن الانتفاع على كل الأقوال وقال في البحر إنه يشترط في الاستبدال أن يكون بعقار فلايجوز بالدراهم والدنانير واعتمد في ذلك على كلام نقله عن السراجية ولكن أخاه رد عليه ذلك الرأى فى إجابة السائل ، والحق أن صاحب البحر هاله ما كان فى زمنه من اغتيال النظار لأموال البدل ، وعدم الرقابة عليهم فتلمس ذلك فى عبارة للسراجية مع أن ما ذهب إليه ترده النصوص الصريحة وكان يكفيه للإفتاء بمنع ذلك فى زمانه ماوراء الاستبدال بالنقد من الضرر المحقق ، ومن الفقهاء من اشترط لجواز الاستبدال أن يكون المستبدل قاضى الجنة وهو العالم العامل . هذه هى عباراتهم وما قيل فيها ولكنهم قالوا إنه يجوز استبدال الوقف إذا غصبه غاصب وأجرى عليه الماء حتى صار بحراً فيضمن قيمته أو غصبه ولم يمكن أخذه منه ولكنه أراد دفع القيمة فللمتولى أخذها ليشترى بها بدلا .

أما إذا اشترط الواقف عدم الاستبدال بوقفه فقد قال الطرسوسى فى أنفع الوسائل إنه لانقل فيه وذهب إلى أنه متى رأى القاضى المصلحة فى الاستبدال أجراه وخالف هذا الشرط وقد استخرج ذلك مما قرروه فى المسائل التى يخالف فيه شرط الواقف وقال عمر بن نجيم لايخفى أن الاستدلال بتلك الفروع كاف فى إثبات المطلوب .

وفقهاء الحنفية لايجيزون بيع بعض الموقوف لعمارة باقية ، ورد هذا فى هلال وفى المحيط وفى فتاوى النسفى وفى الظهيرية وغيرها ولا يعرف أن فيه خلافاً وكل كلام المتقدمين والمتأخرين فى الاستبدال وفى العمارة يقوى ذلك ويؤكد أنه لاخلاف فى هذه المسألة ولكن البزازى قال فى الوجيز : بيع عقار المسجد لمصلحته لا يجوز وإن بأمر القاضى وإن باع بعضه لإصلاح باقيه لخراب كله جاز . ونقل ابن عابدين عن الرملى عبارة البزازى هذه ولم يعلق عليها، ولما عنيت بتحرير هذا الموضوع اتضح لى أن ولع البزازى بالإيجاز والاختصار قد جره إلى إفساد المعنى حينما اختصر ما جاء فى الفتاوى النسفية وفوائد نجم الدين النسفى وهو : سئل عن أهل المحلة باعوا وقف المسجد لأجل عمارة المسجد قال لايجوز بأمر القاضى وغيره ، أهل المسجد اشتروا

عقاراً بغلة المسجد للمسجد ثم باعوه لعمارته اختلف المشايخ فى جواز بيعهم والصحيح أنه يجوز لأن فى صيرورة المشترى وقفاً وفى تحقق الشرائط التى يصير الوقف بها لازماً بحيث لا يجوز فسخه وإبطاله كلام كثير، ولم يوجد ههنا.

أما المالكية فلم أر لهم كلاما فى الفرق بين الاستبدال مع الشرط وبدونه، وقد أجازوا استبدال المنقول الموقوف فى الأحوال الآتية: — (١) إذا كانت النفقة عليه غير ممكنة كمن وقف فرساً للغزو فى سبيل الله ولم يمكن الإنفاق عليه من بيت المال بيع واشترى بثمنه ما لا يحتاج إلى النفقة كالسلاح لأنه أقرب إلى غرض الواقف. (٢) كل شىء موقوف سوى العقار صار لا ينتفع به فى الوجه الذى وقف عليه، وقف على معين أو غير معين، كالثوب يخلق والفرس يكلب والعبد يعجز وما أشبه ذلك. (٣) إذا أتلف غير العقار أخذت قيمته واشترى بها بدله. (٤) إذا لم تكن حاجة إليه كأولاد الأنعام الموقوفة للبن والصوف — أما العقار الموقوف فلا يجوز بيعه وإن خرب كما لا يجوز بيع نقضه. هذا هو مشهور المذهب وروى أبو الفرج عن مالك أن رأى الإمام بيع العقار الموقوف لمصلحة جاز ويجعل فى مثله وأفتى ابن رشد بجواز أن يبدل ربع خرب بربع غير خرب. واستثنى من عدم جواز استبدال العقار على المشهور بيعه لتوسعة المسجد أو توسعة طريق المسلمين ومقبرتهم[١].

والشافعية يرون شرط الاستبدال شرطاً باطلا يبطل به الوقف. وقالوا إذا أتلف الموقوف اشترى مثله بقيمته ليكون وقفا مكانه، ولو جفت الشجرة الموقوفة انتفع بها جذعا وقيل تباع لانعدام الانتفاع الذى شرطه الواقف ويجعل الثمن فى مثلها أو بعض مثلها. والأصح عندهم بيع حصر المسجد إذا بليت وجذوعه إذا انكسرت ويجعل ثمنها فى حصير أو جذوع وإلا صرفت فى مصالح المسجد، والأصل عندهم عدم جواز بيع الوقف وخاصة العقار وقد نقل ابن حجر أن من فقهائهم من أجرى الوارد فى بيع حصر المسجد فى الدار المتهدمة أو المشرفة على الانهدام

(١) الخرشى جـ ٥ ص ٩٤ و ٩٥

حتى أصبحت لا تصلح للسكنى وأن جمعا من فقهائهم ردوا ذلك وقالوا إنه لا قائل بجواز بيعها من الأصحاب وأن بعضهم حاول التوفيق بحمل جواز البيع على بيع النقض وعدم جوازه على بيع الأرض لأن الانتفاع بها ممكن فلا يسوغ بيعها ، وقال البصرى لا يبعد القول بالجواز فى النقض عند احتمال ضياعه فيباع منه بقدر ما يعمر باقيه و إن كان قليلا(١) .

والحنابلة لا يجيزون شرط الاستبدال وفى صحة الوقف إذا اقترن به روايتان كما أسلفنا . وقالوا إن الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه كدار انهدمت أو أرض خربت وعادت مواتاً ولم تمكن عمارتها بيع ، و إن لم تتعطل مصلحة الوقف بالكلية لكن قلّت وكان غيره أنفع منه وأكثر لم يجز بيعه لأن الأصل تحريم البيع وإنما أبيح للضرورة صيانة لمقصود الواقف عن الضياع مع إمكان تحصيله ، ومع الانتفاع و إن قلّ يضيع المقصود ، اللهم إلا أن يبلغ فى قلة النفع حداً لا يعد نفعاً فيكون وجود ذلك كالعدم . وفى كشاف القناع وشرح المنتهى أنه يصح بيع بعض الوقف لإصلاح ما بقى إن اتحد الواقف والجهة الموقوف عليها فإن كان الموقوف عينين جاز بيع إحداهما لإصلاح الأخرى و إن كان عيناً واحدة جاز بيع بعضها لإصلاح باقيها(٢) وقال شيخ الإسلام ابن تيمية فى الاختيارات(٣) ومع الحاجة يجب إبدال الوقف بمثله و بلا حاجة يجوز بخير منه لظهور المصلحة وهو قياس الهدى .

٧٧ — و بالمقابلة بين أحكام هاتين المادتين و بين الراجح من مذهب الحنفية يتضح أنه لم يعدل عنه إلا فى الأمور الآتية :

أولا — منع الواقف من اشتراط الشروط العشرة أو شىء منها لغيره واعتبر شرطه فى ذلك شرطا باطلا لا يعمل به ، بينما يقول الحنفية إنه كما يجوز للواقف أن يشترطها لنفسه يجوز أن يشترطها لغيره و يجب العمل بشرطه .

ثانيا — أجيز للمحكمة الاستبدال فى الوقف بإطلاق ، أىّ وقف كان ، أهلياً

(١) التحفة ج ٢ ص ٣٣٤
(٢) المغنى ج ٦ ص ٢٢٧ وكشاف القناع ج ٢ ص ٤٧١ وشرح المنتهى ج ٢ ص ٥٢٠
(٣) ص ١٠٧

كان أو خيريا و إن كان مسجداً ، بينما يمنع الحنفية استبدال المسجد مهما تخرب وتعطل ولم تمكن عمارته أو انفض الناس من حوله ولم تبق حاجة إليه .

ثالثا — التوسع فيما يسوغ من أجله الاستبدال و إناطة جوازه بالمصلحة أيّ مصلحة كانت و إن كانت بيع بعضه لعمارة باقيه أو بيع ما لا يقبل القسمة ليشترى به ما يقبلها أو ليقسم مال البدل نفسه ، بينما يرى أكثر المتأخرين أن المعتمد الذى يفتى به هو عدم جواز الاستبدال إلا إذا تعطلت عين الوقف ولم تمكن عمارتها ولو من طريق الاستدانة .

أما ما عدا ذلك من أحكامها فهو استبقاء للراجح من مذهب الحنفية .

وقد أخذ فى الأمر الأول بما ذهب إليه الشافعية من أنها شروط غير جائزة وهو مذهب جمهور الحنابلة فى أكثرها ومال إليه بعضهم فى باقيها وهو أيضاً اختيار ابن تيمية فى الكل ورأى قال به بعض المالكية وقول مصحح عند الإمامية .

وأخذ فى جواز تحويل المسجد ونقله من مكان وجواز بيعه بمذهب الحنابلة .

وأخذ فى التوسع فى المسوغات بما يدل عليه كلام بعض كبار المتقدمين من فقهاء الحنفية كأبى بكر الرازى وقاضيخان و بما يدل عليه كلام شيخ الإسلام ابن تيمية فى الاختيارات وما رواه أبو الفرج عن مالك .

٧٨ — ذهبت لجنة الأحوال الشخصية إلى استبقاء مذهب الحنفية من أن الواقف لا يملك شيئاً من الشروط العشرة إذا لم يشرطه فى عقدة الوقف وأن له أن يشرطها أو ما شاء منها لنفسه عدا الاستبدال فى الوقف الخيرى فلا يجوز له اشتراطه كما أنه لا يجوز له أن يستعمل باقى الشروط فى تغيير المصرف الخيروجعله مصرفاً غير خيرى ، وقد رأت منعه من استبدال الوقف الخيرى صيانة له من العبث وخشية من أن يتخذ استبداله وسيلة من وسائل الربح فى الوقت الذى جعل فيه الاستبدال من الواقف غير خاضع لرقابة محكمة التصرفات . ولما عدلت لجنة العدل بمجلس الشيوخ أحكام الرجوع فى الوقف وأجازت الرجوع فى الوقف الخيرى رأت أنه لا وجه بعد هذا لأن يستثنى استبدال الخيرى ما دام الواقف مالكا للرجوع فيه

والتغيير فى مصارفه وشروطه فليس هناك ما يحول بينه و بين اشتراط هذا الشرط واستعمال بقية الشروط بالنسبة له وقد بقى هذا الحكم فى المشروع حتى صدر القانون .

ورأت هذه اللجنة أيضاً إبطال شرط الواقف إذا اشترط هذه الشروط أو شيئاً منها لغيره ونصت فى متن المشروع على أن هذه الشروط تبطل إذا شرطها الواقف لغيره فى حياته أو بعد موته من وقت العمل بهـذا القانون ، وقد حملها على ذلك ما دلت عليه التجارب من أن الكثيرين ممن جعل لهم الواقفون هـذه الشروط قد أساءوا استعمالها واتخذوها سبيلا للإضرار بالموقوف عليهم إما نكاية بهم أو طمعاً فى أخذ غلة الوقف لأنفسهم وذريتهم وكثيراً ما أدى استعمال هـذه الشروط إلى انتقامات وارتباكات ما كان يقرها الواقفون ، وكان فى اللجنة أقلية ترى أنه لا محل للخوف من ذلك بعد تقرير مبدأ الاستحقاق الواجب ولكن الأكثرية رأت ألا تسمح بحصول مثل هذا أيضاً فيما يزيد على الاستحقاق الواجب على أن كثيراً من الأوقاف وخاصة الأوقاف السابقة ليس فيها استحقاق واجب ، وقد أقرت لجنة العدل بمجلس الشيوخ ما وضعته لجنة الأحوال الشخصية ولكنها عدلت فى صياغته وجزأت أحكامه وجعلت عـدم سريانها على الحوادث السابقة استثنـاء وضع فى الأحكام العامة . وقد أقر المجلس ما صنعته لجنة العدل ولما استرد القانون غيرته لجنـة التنقيح وأجازت للواقف اشتراط الشروط العشرة لغيره أخذاً بوجهة النظر التى أبدتها الأقلية بلجنة الأحوال الشخصية وحذفت الاستثناء لعدم الحاجة إليه ، وقد أقر عمل لجنة التنقيح فى مجلس النواب ، أما مجلس الشيوخ فى المرة الثانية فقد أعاد الحكم الذى وضعته لجنـة الأحوال الشخصية وكان ما رويت لك من قبل فى شأن إعادة الاستثناء .

أموال البـدل

مادة ١٤ – تشترى المحكمة بناء على طلب ذوى الشأن بأموال البدل المودعة بخزانتها عقاراً أو منقولا يحل محل العين الموقوفة ، ولها أن تأذن بإنفاقها فى إنشاء مستغل جديد.

ويجوز لها – إلى أن يتيسر ذلك – أن تأذن باستثمار أموال البدل بأى وجه من وجوه الاستثمار الجائز شرعا.

كما أن لها أن تأذن بإنفاقها فى عمارة الوقف دون الرجوع فى غلته.

وإذا كانت هـذه الأموال ضئيلة ولم يتيسر استثمارها ولم يحتج إلى إنفاقها فى العمارة اعتبرت كالغلة وصرفت مصرفها.

مادة ١٥ – إذا لم يطلب ذوو الشأن تطبيق أحكام المادة السابقة على أموال البدل المودعة خزائن المحاكم الشرعية فى مدى سنة من تاريخ العمل بهذا القانون فلمحكمة التصرفات بالقاهرة بناء على طلب وزير العدل أن تشترى بها مستغلات من عقار أو منقول أو تأذن بإنشاء مستغلات بها ، وهذا مع مراعاة ما نص عليه فى الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة السابقة.

ويكون جميع ما ينشأ أو يشترى مشتركا بين الأوقاف المستحقة فى هذه الأموال بنسبة ما لكل وقف فيها ، وتخرج المحكمة نظار الأوقاف التى تتبعها هذه المستغلات من النظر عليها وتقيم عليها ناظرا.

٧٩ – مال البدل[١] – المراد به ما استحق لجهة الوقف عوضاً عن عين

---

(١) قال فى الكشف : المال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ، والمالية إنما تثبت بتمول الناس كافة أو بتمول بعضهم ، والتقوم يثبت بالتمول وإباحة الانتفاع شرعاً ، =

موقوفة أو جزء منها أو ما هو فى حكم الجزء ولم يرد استبقاؤه ليكون موقوفاً بدلا منها ، ثمناً كان ذلك أو قيمة لما انتزع جبراً أو تعويضاً عما أتلف منه ، حالا كان ذلك أو ديناً فى الذمة ، ويستوى ما إذا كانت العين الموقوفة عقاراً أو منقولا . فمن مال البدل ثمن عين الوقف إذا بيعت بالنقد ، أو بعرض من العروض ولم يرد استبقاء هذا الثمن ليكون موقوفاً مكانها أما إذا بيعت بعقار فلم يجر العرف بتسمية ذلك مال بدل ، وكذلك يكون الحال بعد هذا القانون إذا بيعت بنقد أو عرض على أن يبقى موقوفاً مكانها . ومنه قيمة ما ينتزع جبراً للمنافع العامة ولم يجر بشأنه تعاقد ، ومنه ثمن ما يباع من نقض البناء الذى ورد عليه الوقف أو صار موقوفاً كأن اشترى لجهة الوقف أو أنشىء له من ماله على أعيانه أو من غير ماله وكان الحكم الفقهى يقضى باعتباره وقفاً ، وثمن الأشجار التى ورد عليها الوقف أو صارت وقفاً إذا كانت مثمرة ولم تجف ، وثمن آلات الزراعة وماشيتها وآلات الرى ، ثابتة كانت أو غير ثابتة ، متى كانت قد دخلت فى الوقف ، وكذلك ما يقابل حقوق الارتفاق، وما يدفع تعويضاً عن الأتربة التى أخذت من أرض الوقف إذا كان أخذها يضرها أو تعويضاً عما نشأ عن تصرفٍ ألحق بتربة الأرض الموقوفة ضعفا أو بالبناء الموقوف وهناً أو بالعين الموقوفة خللا، فإن الحقوق المجردة والجودة والسلامة وأشباهها ، وإن كانت أوصافا أو فى حكم الأوصاف وليست أعيانا حقيقة، لها حكم الأعيان فى باب المعاوضات ، ومن هذا القبيل التأمينات التى يودعها راغبو الشراء إذا عدلوا عنه بدون عذر وترتب على مسلكهم انخفاض قيمة العين عما كان يمكن أن تباع به لولا هذا المسلك ، والذى يجب للوقف فى هذه الحال هو مقدار ما فوته راغب الشراء على الوقف وهو الفرق المذكور لا أكثر منه ، وإذا لم يحصل

= فما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لا يكون مالا كحبة حنطة ، وما يكون مالا بين الناس ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون متقوما كالخمر ، وإذا عـدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم . وفى الحاوى القدسى المال اسم لغير الآدمى خلق لمصالح الآدمى وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجـه الاختيار . والدين وإن كان وصفاً فى الذمة إلا أنهم نصوا على أنه مال حكمى (البحر ج ٥ ص ٢٧٧ والحموى ج ٢ ص ٢٠٩) . وقد جرى العرف الفقهى على إطلاق المنافع والحقوق فى مقابلة المـال .

انخفاض فى القيمة أصلا فلست أرى أن للوقف حقاً فى شىء من هـذا التأمين ولكن المحاكم الشرعية بناء على فتوى قسم القضايا جرت على مصادرة هذه التأمينات لجهة الوقف مهما كانت الحال ، ومتى أخذ التأمين لجهة الوقف لا يمكن أن يعتبر مال بدل منه إلا مقدار هذا الذى فات على الوقف أما ما عداه فالواجب أن يعتبر كالغلة .

وليس من مال البدل ما جمع من ريع الوقف لتشترى به عين تكون موقوفة طبق شرط الواقف لما بينا من قبل ، ولا ثمن المستغل الذى اشترى بفاضل الريع لأن الصحيح من مذهب الحنفية أنه ليس موقوفاً وإن كان ملكا لجهة الوقف[1] ولا ثمن الشجر الذى جف والشجر غير المثمر لأنه يعتبر كالغلة[2] ولا ثمن الأتربة أو ما أخذ تعويضاً عنها إذا لم يكن أخذها ضاراً بالأرض ولم تكن محتاجة إليها إذ لا فرق بينها و بين الشجر الجاف وغير المثمر والفرق بينها و بين النقض فى غاية الوضوح فيكون سبيلها سبيل الغلة ، ولا ثمن الماشية والآلات التى اشتريت من الريع للحاجة إلى الاستغلال . فجميع هـذه الأموال لا تطبق عليها الأحكام الخاصة بأموال البدل.

٨٠ — جاء فى الخانية أن أرض الوقف إذا بيعت يكون ثمنها قائماً مقامها فى الحكم[3] وقدمنا ما نقله أبو السعود العمادى عن المحيط وغيره فى هـذا المعنى وقوله إن الفقهاء قد جعلوا بدل الوقف وقيمته وثمنه ومايشترى به قائماً مقامه واعتبروا بقاء ذلك والانتفاع به بقاء لأصل الوقف وانتفاعاً به فإمساك أموال البدل والاحتفاظ بها من حقوق النظار لأنها هى والأعيان الموقوفة سواء فى الحكم بل هى قد صارت بذلك وقفاً ، وكان العمل من قديم يجرى على تمكين النظار من هذا الحق وعدم التعرض لهم فيه فكانت أموال البدل عرضة للطمع فالاغتيال أو الإهمال فالضياع ، وقد أثارت هذه الحال صاحب البحر فأخذ يستنبط شرطاً آخر للاستبدال وهو ألا يكون بالنقد ولكن هذا الرأى لم يؤخذ به واستمرت الحال كما كانت ، فأعيان الأوقاف يستبدل بها النقد كما يستبدل بها غيره ، ونقود البدل تبقى فى أيدى

(١) أنفع الوسائل ص ٢٢٨ (٢) إجابة السائل ص ٨٦ (٣) جـ ٣ ص ٣٠٥

النظار ، وقد سلكت محكمة مصر الشرعية الكبرى فى أوائل هذا القرن طريقة مثلى تكفل صيانة أموال البدل وحفظها من الضياع فما كانت تقوم بإجراء الاستبدال إلا إذا أودع الثمن بخزانة المالية يحفظ بها حتى يشترى به ما هو أنفع لجهة الوقف ، ولكن المحاكم الأخرى لم تكن تجرى على هذه الخطة التى راقت وزارة العدل فاستفتت فيها مفتى الديار المصرية فأفتاها بأنه لامانع شرعاً من اتباعها لأنها أفضل فى هذه الأزمان ، فأصدرت للمحاكم منشورها رقم ١٨ فى ١٦ يوليو سنة ١٩٠٦ بينت فيه الطريقة التى تسير عليها محكمة مصر الشرعية وأشارت إلى فتوى المفتى وأمرت باتباع ذلك فى جميع المحاكم ، ثم كتبت إليها فيما بعد بأن ديوان الأوقاف العمومية مستثنى من حكم هذا المنشور لأنه من المصالح الكبرى و بعيد عن مظان الأسباب التى أدت إلى إصدار هذا المنشور فكان يستولى على أموال البدل التى تكون للأوقاف التى فى نظره أو يديرها بالوكالة عن نظارها ، وكذلك استثنت ديوان الأوقاف الملكية والواقف والناظر إذا كان كل منهما مليئاً وكان المبلغ جزئيا ، وقد أرادت المالية سنة ١٩٠٧ الاتفاق مع وزارة العدل على تحديد المبلغ الجزئى ولكن هذه رأت أنه لا يمكن تحديده بمقدار معين لاختلاف الأوقاف جسامة وقلة واختلاف النظار فى الاعتبار الشخصى والمالى ورأت أن تعطى رأيها فى كل مسألة على حدة وسارت على هذه الخطة حتى الآن وأخيراً صدر القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٤٦ بشأن لائحة إجراءات الأوقاف ونص فى المادة ٩ منه على أن أموال البدل (أى بدل الأوقاف التى تديرها) تحفظ تحت يدها . فأموال البدل الآن ثلاثة أقسام : القسم الأهم منها محفوظ بخزائن المحاكم الشرعية ، وقسم محفوظ بخزائن أخرى ، وقسم محفوظ بأيدى ولاة هذه الأوقاف وهو قسم ضئيل .

وإيداع أموال البدل بخزائن المحاكم الشرعية فوق ما فيه من صيانتها قد مكن من الوقوف على مقدار ما وصلت إليه وما تم بشأنها وخاصة بعد أن عنيت وزارة العدل بحصرها وتنظيم الدفاتر الخاصة بها ونقل حسابها من المحافظات

والمديريات إلى ديوان وزارة العدل تنفيذاً لما قررته لجنة الموظفين العليا فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ من إحالة الأعمال الحسابية الخاصة بالمحاكم الشرعية إلى وزارة العدل .

وإذا كان إيداع هذه الأموال قد صانها من الضياع فانه لم يأت بثمرة تذكر نحو استثمارها وبقى أكثرها معطلا لا تجنى الأوقاف منه أى فائدة ، وعلى مر الزمان تراكمت هذه الأموال المعطلة وأخذت فى الازدياد حتى وصلت الحال لدرجة لا يصح السكوت عنها فقد تبين أن من هذه الأموال ما هو مودع من سنة ١٩٠١ والسنوات القليلة التالية لها وأنها بلغت فى ديسمبر سنة ١٩٢٧ (٣٨٤٫٥٧٩ ج) وأصبحت فى يناير سنة ١٩٢٩ (٤٦٦٫٢٣٠) وفى إبريل سنة ١٩٤١ (٦٧٠٫٩٣٨) ، وقد توالت الشكوى من ذلك منذ زمن بعيد وكثرت ، وقد بدأت وزارة المالية بالشكوى من بقاء هذه المبالغ مرصدة بالدفاتر زمناً طويلا ونبهت ذوى الشأن إلى ذلك ثم كررت شكواها كما أنه قدمت بشأن هذه الأموال أسئلة بمجلس النواب فى أعوام مختلفة وأبديت بشأنها رغبات من اللجنة المالية ، فوالت وزارة العدل من سنة ١٩١٦ إرسال منشوراتها إلى المحاكم الشرعية بوجوب مطالبة نظار الأوقاف بالمسارعة إلى إيجاد أعيان تشترى بأموال البدل ومؤاخذة من يهمل منهم فى ذلك بالطريق الشرعى ، وطلبت من رؤساء المحاكم موافاتها بما يرونه خير طريق لاستثمار هذه الأموال وعرضت ما اجتمع لديها على التفتيش الشرعى الذى أشار على الوزارة بطريقة لا تبعد كثيراً عما جاء بأحكام هذا القانون وقد سبق أن اتبعتها وزارة الأوقاف فى أموال بدل كانت لديها وكانت تبلغ ٣٠٠ ألف جنيه ولكن الوزارة لم تأخذ بهذا وشكلت فى ٢٩ يناير سنة ١٩٢٩ لجنة لفحص هذا الموضوع ووضع نظام يتبع فى شأن الأموال الضئيلة وآخر يتبع فى شأن غيرها ولم يظهر لهذه اللجنة عمل ثم عدل تشكيلها فى ٤ يناير سنة ١٩٣٠ ولكنها لم تجتمع ، وبقى أمر هذه الأموال راكداً حتى نظرت لجنة الأحوال الشخصية فى علاجه .

وقد تبين من البحث أن تكاثر هذه الأموال المعطلة ، رغم الإجراءات التى اتبعتها وزارة العدل ورغم ما بذلت المحاكم الشرعية من عناية ، يرجع إلى أسباب

عديدة أهمها عدم عناية نظار الأوقاف بالبحث عما يشترى بمال البدل رغم حثهم وتهديدهم بالعزل ، وأن شراء عين منقولة للوقف لم يكن جائزاً كما أن استثمار أموال البدل لم يكن سائغاً مع وجود قسم كبير من الودائع الصغيرة التى لا تكفى وديعة كل وقف منها لشراء عين عقارية ، ففى إبريل سنة ١٩٤١ كان مجموع الودائع ٣٨٠٤ منها ١٠٤٢ وديعة قيمة كل منها تقل عن عشرة جنيهات و ١٣٠٦ تتراوح قيمتها ما بين العشرة و بين الخمسين جنيها .

وقد عنى هذا القانون بمعالجة هذا الأمر فجاءت به أحكام عامة وآخر خاص لا يطبق إلا على الأموال التى تكون مودعة بخزائن المحاكم الشرعية إلى نهاية سنة بعد العمل به .

٨١ — الأحكام العامة — هى الأحكام الواردة بالمادة الرابعة عشرة وهى متعلقة بأموال البدل على وجه العموم سواء أ كان الاستبدال قبل القانون أم بعده وسواء أ كانت أموال بدل لأوقاف صدرت قبل هذا القانون أم لأوقاف صدرت بعده خيرية كانت أو أهلية ، و يستوى ما إذا كان واقفوها أحياء أو ماتوا ، فالحكم شامل لجميع هذه الأحوال .

والفقرة الأولى من المادة المذكورة صريحة فى أن الحكم الوارد بها خاص بأموال البدل المودعة بخزائن المحاكم الشرعية ، وربما أعانت طريقة ارتباط الفقرات الثلاث الباقية بهذه الفقرة على القول بأن أموال البدل الواردة بها هى أموال البدل الواردة بالفقرة الأولى و يخرج من هذا أن جميع أحكام هذه المادة لا تتناول إلا أموال البدل المودعة بخزائن المحاكم ولا تتناول أموال البدل المودعة فى خزائن أخرى كخزانة وزارة الأوقاف وخزانة الأوقاف الملكية ولا أموال البدل التى فى أيدى الواقفين والنظار . فهل أريد هذا ؟ و إذا كان قد أريد فماذا يصنع بأموال البدل الأخرى ؟ الواقع أن هذا غير مراد وأن القيد الوارد بالفقرة أخرج مخرج الغالب أملته الحال التى كانت مسيطرة على النفوس وهى حال أموال البدل المودعة بخزائن المحاكم معطلة وهى الأموال التى قامت الضجة بشأنها ، وليس من

المفهوم أن توضع أحكام يقصد منها السهولة والتيسير ثم يختص بها أموال دون أموال ، على أنه لو فرض أن الوصف الوارد بالفقرة الأولى وضع بقصد التقييد وأن الحكم الوارد بها لم يعرض إلا لهذه الأموال فحسب فإن ذلك لا يمنع من العمل به فى أموال البدل الأخرى ، فشراء العقار وإنشاء المستغل الجديد بمال البدل كان معمولا به قبل هذا القانون، فالجديد فى هذه الفقرة هو جواز شراء منقول بمال البدل ليكون وقفاً وكان ذلك ممنوعا قبل صدوره لأن المنقول ما كان يجوز وقفه استقلالا أما بعد صدور القانون فلا يوجد مانع منه فكل ما صح أن يرد عليه الوقف يجوز شراؤه بمال البدل . أما الفقرات الثلاث الأخيرة فلا يعين ارتباطها بالفقرة الأولى إرادة هذه الأموال خاصة وحكمة التشريع تقضى بأن تكون الأموال الواردة بها عامة شاملة لكل أموال البدل .

٨٢ — والسبل التى بينتها هذه المادة ليوضع مال البدل فيها أربع :

الأولى : وهى السبيل الأصلية ، أن يشترى بمال البدل عين تحل محل العين التى كانت موقوفة و بيعت لتكون وقفاً مكانها ، فالعين المشتراة فى هذه الحال يراد استبقاؤها لتكون وقفاً وليس شراؤها مؤقتاً يراد به الاستغلال والربح المؤقت ، ويستوى أن تكون العين المشتراة عقاراً أو منقولا ، فمن الجائز أن يشترى بمال البدل بناء على أرض مستأجرة أو محتكرة أو طبقة علوية أو بعض طبقة من العمائر التى يتحدثون اليوم عن إنشائها وبيعها مجزأة على هذا الوجه، أو أشجار ونخيل مثمرة، أو أنعام يراد بها التوالد والألبان والأصواف والأوبار أو يراد تأجيرها ، أو عربات لنقل الركاب أو الأمتعة والحاصلات، أو حصص أو أسهم فى الشركات التى تستغل استغلالا جائزاً شرعا، وجملة القول[1] أنه يصح أن يشترى بمال البدل كل ما يصح وقفه ابتداء من عقار أو منقول ولا يصح أن يشترى به ما لا يصح وقفه ابتداء طبقاً لأحكام هذا القانون ، فلا يجوز أن يشترى به حصة شائعة فى عقار غير قابل للقسمة على الوجه الوارد بالفقرة الثانية من المادة الثامنة ولا أسهم الشركات التى تستغل استغلالا

(١) الجلسة (٥٤) للجنة الأحوال الشخصية .

غير جائز شرعا كأسهم البنوك وشركات التأمين ولا خيول للسبق وأشباه ذلك .

ومتى اشتريت العين بهذا المال صارت موقوفة بهذا الشراء من غير حاجة إلى وقف جديد فشراؤها هو وقفها وبه تثبت لها أحكام الوقف التى كانت مرتبة على العين الأولى .

وقد جعل الشراء من حق المحكمة بإطلاق فهو شامل لما إذا كان مال البدل المودع لوقف لا يزال واقفه حياً وقد اشترط فيه لنفسه الاستبدال بأنواعه فيكون شرطه فى هذه الحال ملغي ويكون نص هذه الفقرة مخصصاً لنص المادة السابقة ولكن الحكم فى ذاته لا يظهر له وجه كما أسلفنا . وجعل هذا حقاً للمحكمة المودع المال بخزانتها فليس لمحكمة أخرى أن تقوم بهذا الشراء وإن كانت مختصة بالتصرف فى الوقف الذى له هذا المال . تنص المادة ٢٧ من لائحة المحاكم الشرعية على أن التصرف فى الأوقاف ومنه الاستبدال يكون من خصائص هيئة تصرفات المحكمة التى تكون فى دائرتها أعيان الوقف كلها أو بعضها الأكبر قيمة أو المحكمة التى بدائرتها محل توطن الناظر ، ولكن مال البدل قد يكون مودعا بخزانة محكمة غير هاتين المحكمتين حين طلب الشراء فلا تكون واحدة منهما مختصة ويكون الاختصاص للمحكمة التى يكون مال البدل مودعا بخزانتها وحدها ما بقى المال فى خزانتها فإذا لم يحول إلى واحدة منهما يكون الاختصاص الوارد بتلك المادة قد تغير وإذا حول المال لإحداهما قبل تقديم الطلب كان الاختصاص لها ولا خيار، وإذا قدم الطلب قبل التحويل إلى إحداهما فهل تملك السير فى الطلب واتخاذ إجراءات الشراء على رجاء التحويل بناء على طلبها أو طلب ذى الشأن أو لا تملك ذلك ويكون عليها أن تحيل المادة إلى المحكمة المختصة ، فى الأول سهولة ويسر والثانى أقعد. وما ذكر خاص بالشراء ، أى الاستبدال بالمعنى الاصطلاحى ، أما الإبدال والتبادل فإنهما خاضعان لأحكام المادة ١٣ من هذا القانون والمادة ٢٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالنسبة لمن يملكهما وللاختصاص .

ولا تسلك المحكمة سبيل هذا الشراء من تلقاء نفسها ولكن تسلكه بناء

على طلب ذوى الشأن ، ولم يذكر ذوو الشأن فى المادة بصيغة الجمع لإفادة أن الطلب فى كل وقف لا بد أن يكون من جميع ذوى الشأن فيه ، حتى إذا طلب بعضهم ولم يطلب الآخرون أو طلب البعض وعارض البعض الآخر مع ظهور المصلحة فى الشراء امتنعت عنه ، لم يذكر على هذا الوضع لهذا الغرض وإنما جمع مراعاة لتعدد أموال البدل فهو جمع ذكر فى مقابلة جمع . وكلمة « ذى الشأن » كلمة جامعة وقد استعملت فى هذا التشريع وفى تشريعات سابقة مراعاة لذلك ، وإن كانت كلمة فى غاية المرونة وقد أدت مرونتها إلى الاختلاف فى مداها ولكن المذكرة التفسيرية لهذا القانون قد بينت ذوى الشأن فى الاستبدال بأنهم هم النظار والمستحقون والموقوف عليهم ومن يمثل جهات الاستحقاق أو عديم الأهلية من المستحقين ، فلا يدخل فيهم النائب عن عديم الأهلية ولا ممثل الجهة إذا كانا من الموقوف عليهم ولم يكونا بعد من المستحقين ، ولكن يدخل فيهم الموقوف عليه وإن لم يكن مستحقاً وعلى كل حال فإن هذا البيان أوسع مما استقر عليه رأى المحكمة العليا أخيراً فى حق الاستئناف من أنها لا تشمل الموقوف عليه إذا لم يكن مستحقاً ، فوزارة الأوقاف لا شأن لها فى الاستبدال ، كان الاستحقاق فى الوقف خيرياً أو أهلياً ، إذا لم تكن ناظرة على الوقف وإنما الشأن فى ذلك يكون للناظر وللمستحق ونائبه وللموقوف عليه ولممثل الجهة الخيرية إذا كانت مستحقة ، ومتى طلب ذو الشأن الشراء فقد تحقق الشرط ، ولا يؤثر تخليه عن هذا الطلب بعد عرض الأمر على المحكمة ، فلها أن تستمر فى الإجراءات إذا اتضح لها أن فى الصفقة خيراً للوقف وإن عارض فى ذلك أصحاب الشأن إذ لا قيمة للمعارضة مع ظهور المصلحة .

والشراء بمال البدل يختلف فى هذا مع الإبدال والتبادل اللذين لا يشترط فيهما الطلب من ذى الشأن الذى بينته المذكرة التفسيرية وبقى أمرهما على ما كان متبعاً من قبل فليس ثم ما يمنع من حصولهما بناء على طلب من يرغب فى البيع للوقف أو طلب من يمثل الجهة الموقوف عليها أو النائب عن عديم الأهلية الموقوف عليه وإن لم يكونا مستحقين بالفعل .

ولم يعرض القانون لأخذ رأى المستحقين ولا ما يتبع فى الشراء كما لم يعرض لذلك فى الاستبدال على وجه العموم لأن ذلك كله من الإجراءات التى لا توجد ضرورة تدعو لذكرها فى قانون موضوعى كهذا .

ومما يشبه الشراء ، وليس منه ، إنشاء مستغل جديد على أعيان الوقف لم يكن من قبل ، كإنشاء طبقة جديدة فوق طبقات الدار الموقوفة أو إنشاء دور أو حوانيت على أرض الوقف أو شراء أشجار ونخيل لتغرس فى أرض الوقف . وقد أباح القانون للمحكمة أن تأذن بذلك وجعل لها هذا الحق على سبيل الجواز ليكون الأمر منوطاً بما يظهر لها من المصلحة ، فإن رأت فيه الحظ والمصلحة للوقف ومستحقيه وأنه لا توجد سبيل أفضل منه أذنت به و إن لم تر فيه خيراً أو تبينت فيه ضرراً أو تبين لها سبيل آخر أفضل منه لم تأذن به . و إذن المحكمة يكون بناء على طلب ذى الشأن كما هو المفهوم من سياق الفقرة الأولى ومن الطبيعى أن الذى يؤذن بذلك هو من له ولاية التحدث على الوقف وتدبير شأنه وهو الناظر عليه فإن كان ممانعاً فى ذلك بغير حق فيما ترى المحكمة ورأت أن ترك الأمر إليه فى القيام به ليس من مصلحة الوقف أذنت بذلك من تختاره للقيام به فقد وسع القانون عليها فى ذلك وأطلق الإذن ولم يعين من تأذن له بذلك ليكون منها هذا طبقاً للمصلحة . ومتى تم إنشاء هذا المستغل صار موقوفاً وحل فى الوقف محل العين التى أنشىء بثمنها وتجرى عليه أحكام العين الموقوفة من غير حاجة إلى وقف جديد وشراء المأذون بالإنفاق فى هذا السبيل للأدوات أو الأشجار يكون منه نيابة عن المحكمة التى أذنته و إن كان الواقف الذى شرط لنفسه الاستبدال فلا يعتبر ذلك من الواقف استبدالا بماله من الشرط و إنما هو إنفاق للوصول فى النهاية إلى بدل وهو يقوم به نيابة عن المحكمة فلا يكون نوعا من استبدال الواقف الوارد بالمادة الأولى ولا تتوقف صحته على الإشهاد الوارد بها ، كما أنه لا يمكنه أن يقوم به من غير إذن اعتماداً على ماله من شرط الاستبدال فقد اشترط القانون للانفاق فى هذا السبيل إذن المحكمة .

٨٣ — والثانية : هى استثمار أموال البدل بأى وجه من وجوه الاستثمار الجائزة شرعا ، ومن الواضح أن الاستثمار الجائز شرعاً لا يكون باقراض أموال البدل نظير ربح وإنما يكون من طريق التجارة الجائزة شرعاً كجعله رأس مال للمضاربة وإعطائه لمن يتجر فيه على نصيب معين من الربح مع اتخاذ الضمانات الكافية للمحافظة على مال الوقف وكجعله حصة فى رأس مال يستغل فى تجارة أو جعله رأس مال للسلم فى الحبوب والأقطان مثلا أو استعماله فى شراء القراطيس المالية ذات الربح الحلال وبيعها أو دفعه كتأمين وأجرة عاجلة فى استئجار أرض أو دور جملة لتؤجر مجزأة أو لإنفاقه فى زراعة أرض تستغل بطريق الاستئجار إلى غير ذلك من أمثال هذه الوجوه .

واستثمار الأموال بهذه الوجوه ، وإن كان بطريق الشراء ، استثمار مؤقت لا يراد به استبقاء ما يشترى ليكون وقفاً وإنما هو أمر دعت إليه المصلحة العاجلة لئلا يبقى المال معطلا فهو لهذا لا يندرج تحت الاستبدال بالمعنى الذى يعنيه هذا القانون وهو بهذا يفترق افتراقاً بيناً عن الطريقة الأولى . وطريقة الاستثمار هذه يمكن الالتجاء إليها لدفع مخاوف الذين كانوا يمانعون فى أجازة وقف الحصص والأسهم خوفاً من تقلب أسعارها السريع أو الاحتياج فى بيعها إلى الرجوع إلى المحكمة مع أن حالها لا تحتمل مثل هذه الإجراءات . فمن الممكن إذا وقفت حصص وأسهم أن تباع عند الفرصة الملائمة وبعد ذلك تأذن المحكمة باستثمار ثمنها بشراء الحصص والأسهم لمن يكون ذا خبرة فى ذلك وبمجرد إذنها لا يكون المأذون فى حاجة إلى الرجوع إلى المحكمة فى بيع ما يشترى أو الشراء بثمن ما باع ويكفيه فى كل أعماله ذلك الإذن .

وهذا الاستثمار المؤقت له شروط ، أحدها ألاّ يكون من الميسور شراء عين من الأعيان تستبقى موقوفة أو إنشاء مستغل جديد على أعيان الوقف ، والثانى أن يكون باذن من المحكمة فلا يملكه أحد من تلقاء نفسه لا ناظر ولا غيره وإن كان الواقف الذى اشترط لنفسه الاستبدال فإن القانون لم ينظر إلى ذلك على أنه استبدال

ولم يعطه حكمه فلا يملك بشرط الاستبدال ولا يحتاج فى صحته إلى الإشهاد الوارد بالمادة الأولى ، ولا يكون الإذن الذى يصدر من المحكمة تفويضاً عاماً للمأذون بل تأذن له بوجه معين بخصوصه بعد أن تبحثه وتتبين ما فيه من المصلحة و يظهر لها فضله على غيره من الوجوه الأخرى التى يمكن استغلاله فيها ، والثالث أن يوجد الضمان الكافى لصيانة أموال الوقف وحفظها من الضياع ، كما نبهت إلى المذكرة التفسيرية، وهو أمر تقضى به القواعد العامة فى أحكام الوقف . والإذن فى العرف القضائى لا يكون إلا بعد استئذان وهو لا يكون إلا من ذى شأن والمأذون هو الناظر إن كانت فيه الكفاية و إلا كان من تراه المحكمة أهلا له . وقد أطلقت أموال البدل هنا،وحكمة التشريع كما أسلفنا تقضى ببقاء هذا الإطلاق، فيكون الحكم شاملا لأموال البدل التى فى خزائن المحاكم الشرعية والتى لم تودع بها . وقد ورد مثل هذا الحكم فى المادة التاسعة من القانون الصادر بلائحة وزارة الأوقاف حيث نص فيها على وجوب استثمار أموال البدل التى تحت يد هذه الوزارة فى فترة البحث عن العقار الواجب شراؤه لجهة الوقف وذلك بالكيفية التى تبين فى اللائحة الداخلية و بعد إذن المحكمة الشرعية ، وقد عبرت المادة المشار إليها « بالعقار الواجب شراؤه » نظراً لأن هذا القانون صدر قبل قانون الوقف فكان لابد من التعبير بذلك مراعاة للتشريع القائم حين صدوره فقد كان لا يبيح أن يشترى غير العقار بمال البدل .

والإذن بهذا الاستثمار تصرف من التصرفات التى تتناولها المادة ٢٧ فتكون المحكمة المختصة به هى المحكمة التى ترشد إليها هذه المادة و إن كان المال غير مودع بخزانتها .

٨٤ — والثالثة : هى إنفاق مال البدل فى عمارة الوقف دون رجوع فى غلته ، وهذا أمر أعطى للمحكمة الحق فى الإذن به وجعله متوقفاً على هذا الإذن فلا يملكه الناظر ولا غيره ، و إن كان الواقف ، من تلقاء نفسه بل لابد لذلك من إذن المحكمة المختصة طبقاً للمادة ٢٧ من لائحة المحاكم الشرعية . والضمير فى كلمة « إنفاقها » الواردة فى هذه الفقرة راجع إلى أموال البدل المطلقة الواردة بالفقرة التى قبلها فهى

شاملة للأموال المودعة بخزائن المحاكم الشرعية وغير المودعة بها .

وأطلق الحكم هنا ولم يشترط فيه ألا يكون شراء عين بمال البدل ميسوراً وهو إطلاق مقصود فإن عمارة الباقى أفضل وأجدى على الوقف من شراء عين مع بقاء الأخرى متخربة وعمارة المتخرب لاتقل فى النفع عن غلة العين التى تشترى ، وإصلاح ما يحتاج إلى الإصلاح زيادة تكون فى حكم عين تشترى أو مستغل ينشأ بهذا المال .

وأطلقت العمارة فشملت العمارة الضرورية وغير الضرورية وهى شاملة أيضاً للتحسينات التى يكون من ورائها زيادة فى قيمة العين الموقوفة ونماء لغلتها فإن ما ينتج عن هذا ليس فى الواقع إلا كانشاء مستغل جديد [1] .

وقد أطلق حق المحكمة فى الإذن بإنفاقه فى العمارة دون رجوع فى الغلة ولكن ذلك منوط بالمصلحة كما يرشد إلى ذلك ما جاء بالفقرة الثالثة من المادة ٥٥ فقد أجازت للمحكمة بيع بعض أعيان الوقف لعمارة باقية بدون رجوع فى الغلة متى رأت المصلحة فى ذلك ، وليس لبيع بعض الموقوف لعمارة باقيه معنى إلا إنفاق مال البدل فى العمارة ، وهذا هو الشأن فى كل ولاية من الولايات العامة فإن تصرف صاحبها يكون منوطاً بالمصلحة ومشروطاً بها ، فعدم التقييد بها هنا مع التقييد بها فى الفقرة المشار إليها لا يعنى أنه أريد الفرق بين بيع بعض الموقوف لعمارته و بين صرف مال البدل فى عمارة الوقف إذا لم يكن البيع لهذا الغرض، لأن هذا القيد تقرره القواعد العامة ، فإن ذكر فلا ضير وهو لمجرد التأكيد و إن لم يذكر وجبت مراعاته ولهذا نص فى المذكرة التفسيرية على أن المحكمة تعمد إلى هذا إلا حيث تتعين فيه المصلحة ويكون فى الرجوع به فى الغلة ضرر واضح يلحق مستحق الوقف . ومثل حالة الضرر ما إذا كان هذا المبلغ ضئيلا لايصلح لشراء عين أو إنشاء مستغل فلا معنى إذن للرجوع به فى الغلة ثم صرفه ثانية فى مصارف الغلة طبقاً لحكم الفقرة الأخيرة .

و إنفاق مال البدل فى العمارة يظهر بادى الرأى أنه إنهاء للوقف فى هذا المال

(١) الجلسة (٥٤) للجنة الأحوال الشخصية .

ولكنه ليس إنهاء بكل معنى الكلمة لما بينّا من أنه يحدث زيادة أشبه بإنشاء مستغل جديد .

٨٥ — والرابعة : هي صرف مال البدل فى مصارف الغلة ، أى صرفه إلى من يستحق غلة الموقوف الذى بيع و يعتبر كغلة هذا الموقوف ، فالمراد بالغلة غلة العين التى بيعت و بالمصرف مصرف هذه الغلة ، فلا يصرف شيء من هذا المال إلى مستحق الوقف الذين لا يستحقون فى غلة هذه العين و إنما يصرف إلى المستحقين فى غلتها وحدهم بنسبة استحقاقهم فى تلك الغلة .

ولا يلجأ إلى ذلك إلا إذا كان مقدار هذا المال ضئيلا وتعذر استثماره ولم يحتج إليه فى العمارة ، فإذا لم يكن ضئيل القدر لا يصرف مصرف الغلة و إن بقى معطلا فترة من الزمن إذ مصيره إلى الانتفاع به ، وكذلك إذا كان ضئيلا وأمكن استثماره ولا تضر ضآلته ولا ضآلة غلته لأن المفروض أن هناك موقوفاً آخر له غلة ، أما إذا لم يكن هناك موقوف آخر أو كان ولكن كان الكل ضئيلا أو كانت الأنصبة ضئيلة طبقت فى هذه الأحوال أحكام المادة ١٨ ، والضآلة لم يضع لها هذا القانون حداً فى جميع المواضع التى ورد فيها حكم لها وسيأتى القول فيها . وكذلك لا يصرف مصرف الغلة إذا كان ضئيلا ولم يتيسر استثماره ولكن كان محتاجاً إليه فى العمارة أىّ عمارة كانت . ومتى توافرت هذه الأمور وصرف مال البدل إلى مستحقى غلة العين التى بيعت كان الوقف منتهياً بالنسبة لهذه العين وبدلها .

٨٦ — الحكم الخاص ، وهو الحكم الوارد بالمادة ١٥ ، وهو خاص بأموال البدل المودعة خزائن المحاكم الشرعية ، فلا يطبق على أموال البدل التى فى أيدى الواقفين أو النظار ولا الأموال المودعة فى غير خزائن المحاكم الشرعية كخزانة وزارة الأوقاف وخزانة ديوان الأوقاف الملكية .

ولا يسرى هذا الحكم أيضاً على أموال البدل التى تودع خزائن المحاكم الشرعية بعد مضى سنة من تاريخ العمل بهذا القانون و إن كان إيداعها فى اليوم التالى لانقضاء السنة . وذلك لأن المادة ١٥ إنما تقرر حكم أموال يمكن لذى الشأن

أن يطلب تطبيق أحكام المادة ١٤ عليها خلال السنة المشار إليها وذلك لا يمكن أن يتحقق إلا فى أموال أودعت قبل أن يمضى هذا الأجل فما أودع بعده لا يتناوله النص ويكون خاضعاً لأحكام المادة ١٤ فحسب أما ما أودع قبل مضى الأجل ولو بفترة وجيزة فإن هذا الحكم يسرى عليه وإن كان إيداعه بعد العمل بهذا القانون ولو كان مال وقف صدر بعده .

ولا يطبق هذا الحكم على هذه الأموال إلا إذا توافر الشرط فى تطبيقه ، وهو ألا يطلب أحد من ذوى الشأن تطبيق أحكام المادة الرابعة عشرة على مال البدل المذكور فى مدى سنة من تاريخ العمل بهذا القانون ، فقبل مضى هذا الأجل لا يطبق هذا الحكم ، كما أنه لا يطبق بعد مضى هذه السنة على أى مال طلب ذو الشأن فى خلالها أن تطبق عليه أحكام المادة الرابعة عشرة وكان هذا الطلب لا يزال منظوراً ، أما إذا كان قد رفض رفضاً نهائياً أو كان قد حفظ أو كان قائماً ودلت الظروف والقرائن على أنه لا يقصد به إلا العمل على عدم تحقق هذا الشرط فإنه لا يعتد به وهو وعدمه سواء ، لأن الطلب الوارد بالمادة لا يمكن أن يراد منه إلا الطلب الجدى الذى من شأنه أن يفضى إلى استغلال المال المودع ، وإذا كان لوقف مال بدل مودع فتقدم ذو الشأن بهذا الطلب فى الأجل المحدد بالنسبة لبعضه لم يتحقق الشرط بالنسبة لهذا المقدار ومتى مضت السنة ولم يتقدم طلب بالنسبة للبعض الآخر تحقق الشرط بالنظر إليه ، ولا يخل بتحقق هذا الشرط تقديم الطلب فى الميعاد من غير ذى شأن ولا طلب ذى الشأن بعد مضى الأجل . والسنة أطلقت فى المادة فهى محتسبة بالحساب القمرى . وعندما نظر المشروع بمجلس الشيوخ فى المرة الأولى دارت مناقشة طويلة حول هذا الأجل واقترح بعضهم أن يكون خمس سنوات نظراً لأن أموال البدل جاءت من صفقات تمت فى أزمان عادية أما الآن فالأسعار قد ارتفعت وتضاعفت وخاصة أثمان العقار والأطيان فلا يكون من وراء المبادرة بالشراء فى هذا العهد سوى غبن الأوقاف ، فقد باعت برخص وستشترى بأثمان مضاعفة ، ويرجى بعد انقضاء

خمس سنوات أن ينقضى عهد الارتفاع وأن تكون الحال أكثر استقراراً ، ورد على ذلك بأن طلب وزير العدل اختيارى لا حتمى ، وبأنه لا فرق بين طلب وزير العدل وطلب ذوى الشأن اللذين لهم هذا الحق فى كل وقت ، وقال وزير العدل أن الموازنة بين اختزان نصف مليون من الجنيهات بدون فائدة ولا استغلال وبين طريقة الاستغلال التى اشتمل عليها المشروع تقضى بأن المصلحة فى الاستغلال مهما كانت النظريات الاقتصادية ومهما كانت فروق الأسعار ، وقال إن الحكومة لا تدخل السوق للشراء ولكنه سيكون من مصلحة الأملاك وقد اتصلت لهذا الغرض بوزير المالية . وقد رحب بعض أعضاء المجلس بذلك ، وأظهر المقترح اغتباطه به راجياً ألا تبيع الحكومة للأوقاف بالأثمان التى تبيع بها لغيرها واستبقى المجلس هذا الأجل[1].

ومتى مضى الأجل كان لمحكمة التصرفات بالقاهرة بناء على طلب وزير العدل أن تشترى بأموال البدل التى توافر فيها الشرط مستغلات من عقار أو منقول أو تأذن بإنشاء مستغلات بها ، ولكن لا يدخل فى عداد هذه الأموال ، وإن توافر شرط مضى السنة مع عدم الطلب ، مال البدل الذى يحتاج إلى إنفاقه فى عمارة وقفه والمال الضئيل الذى يعتبر كالغلة ، ولكن يجب أن يراعى أن من شرط الضئيل أن يتعذر استغلاله وهذا لا يمكن أن يتحقق إذا كان من الممكن أن يجعل المال ثمن سهم أو أكثر من سهام هذه الشركة ، فهذان المالان يجب استبعادهما من رأس مال هذه الشركة ، فقد ختمت الفقرة الأولى من المادة ١٥ بوجوب مراعاة ما نص عليه فى الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ١٤ عند الطلب والشراء ومعنى هذا أن على وزارة العدل قبل أن تتقدم بالطلب إلى محكمة القاهرة أن تبحث حال كل بدل على حدة وأن تستبعد هذين النوعين من مجموع أموال البدل الذى ستطلب الشراء به وإن لم يطلب ذوو الشأن تطبيق أحكام المادة ١٤ خلال السنة المشار إليها وكذلك على المحكمة أن تقوم بذلك متى عرض الأمر عليها .

(١) جلسة ٣ إبريل سنة ١٩٤٤

وقد جعل كل من الطلب والشراء جوازيا ليكون لدى وزارة العدل ومحكمة التصرفات الفرصة التى تسمح لكل منهما بالتروى والبحث واختيار أفضل السبل لما فيه المصلحة ، فوزارة العدل ستقوم بتصفية شاقة تستبعد فيها الأموال الضئيلة والأموال المحتاج إليها للعمارة ، كما أنها ستواجه طلبات استبدال تقدم بها ذو الشأن بعد الميعاد المحدد وهذه الطلبات و إن لم تكن مخلة بتحقق الشرط يجب أن تكون لها قيمتها متى كانت جدية ويرجى من ورائها صفقة خاصة بالوقف فإن سدى الموضوع ولحمته هو المصلحة والرغبة فى عدم تعطيل أموال البدل ، ولا ريب أن شراء ما هو خاص بالوقف أجدى عليه وأفضل بكثير من الاندماج فى أى شركة مهما كان أمرها ومهما كانت الثقة بإدارتها وعليها أيضاً أن تبحث أمر المستغلات التى تشترى أو تنشأ بهذا المبلغ الضخم مراعية الظروف الاقتصادية وكل الاعتبارات التى تحيط بهذا الموضوع وأن تنظر فى شأن إدارة هذه المستغلات بعد شرائها أو إنشائها ، وهو أمر تشعبت فيه الآراء ، فمن قائل توكل إدارتها لوزارة الأوقاف ومن قائل توكل لوزارة الشئون الاجتماعية ، ومن قائل توكل لوزارة الأشغال أو مصلحة الأملاك ، ومن قائل تكون إدارة مستقلة ، وأخيراً ترك أمره لاقتراح وزارة العدل وتقرير القضاء .

ومتى تمت التصفية اعتبر مجموع الصافى من هذه الأموال مشتركا بين الأوقاف التى تملكه فيكون جميع ما ينشأ أو يشترى به مشتركا بين الأوقاف التى تملكه بنسبة ما لكل وقف منها فيه ، فلا يجزأ الشراء لهذه الأوقاف بحيث يشترى للبعض منها أعيان خاصة وللبعض الآخر أعيان أخرى بل كل ما يشترى أو ينشأ بهذه الأموال يكون مشتركا بين جميع هذه الأوقاف اشتراكا نسبياً و إن تعددت الصفقات واختلفت الأنواع ، والشيوع هنا لا ضرر فيه و إن كانت فى المستغلات التى تشترى أو تنشأ عقارات لا تقبل القسمة لاتحاد الإدارة ولأن نصيب كل وقف لا يخرج عن كونه حصة فى شركة للاستغلال فالحكم هنا متفق مع ما يقرره القانون فى وقف الشائع ، ولا يجوز أن يشترى لهذه الشركة حصة شائعة فى عقار لا يقبل

القسمة ولا حصص وأسهم الشركات التى تستغل أموالها استغلالا غير جائز شرعا ولا السندات ويجب أن يكون ما يشترى لها مما يصح أن يرد عليه الوقف ابتداء طبقاً لأحكام هذا القانون .

ولما كان هذا الشراء لجميع الأوقاف المشتركة فى رأس المال كان من المتعين الخروج عن قواعد الاختصاص وجعل التصرف لمحكمة واحدة وإلا كان حصول هذا الشراء غير ممكن ، ورغبة فى التيسير ومراعاة لأن المقر الحقيقى لأموال البدل هو الخزانة العامة بالقاهرة وأنها أيضاً مقر وزارة العدل صاحبة الشأن فى الطلب أعطى الحق فى ذلك لمحكمة التصرف بالقاهرة وإن لم تكن هذه الأموال أو بعضها مودعاً بخزانتها ولم تكن أعيان هذه الأوقاف أو أكثرها قيمة ولا إقامة نظارها بدائرة اختصاصها ، فصار هذا تخصيصاً لحكم المادة ٢٧ من لائحة المحاكم الشرعية ، وقد أعطيت هذا الحق وإن كان الواقف حياً وكان قد شرط لنفسه الاستبدال بأنواعه فيكون ذلك أيضاً تخصيصاً للاستثناء الوارد بالمادة ١٣ من هذا القانون .

واشتراك هذه الأوقاف فى تلك المستغلات يقضى بتوحيد إدارتها والولاية عليها وهذا يستتبع حتما إخراج نظار الأوقاف المشتركة فيها من النظر عليها وإن كانوا نظاراً بشرط الواقف أو كانوا هم الواقفين أنفسهم لأن المصلحة تعين ذلك ولكن إخراجهم من النظر على هذه المستغلات لا يكون إخراجا شاملا بل يكون قاصراً على ما يختص بإدارة هذه الأعيان واستغلالها فليس لناظر هذه المستغلات أن يتولى توزيع نصيب كل وقف فى غلة هذه الأعيان على مستحقيه وصرفه فى مصارفه بل عليه أن يسلم نصيب كل وقف من صافى غلة هذه الأعيان إلى ناظره ليتولى هو توزيعه على مستحقيه وصرفه فى مصارفه مع غلات الوقف الأخرى إن كانت ، وينبنى على هذا أنه لا شأن لناظر المستغلات المشتركة بالخصومة فى الاستحقاق فى غلة أى وقف من الأوقاف التى تشترك فيها كما أنه لا شأن لنظار هذه الأوقاف فى الخصومات المتعلقة بإدارة هذه الأعيان واستغلالها .

وليس من المنتظر أن يكون من بين أموال البدل المشتركة مال لوقف مؤقت ولو فرض أنه كان من بينها فالمصلحة تقضى بعدم إدماجه فى هذه الشركة لما يحدثه من الارتباك حين انتهاء الوقف كما تقضى أيضاً بألا يكون من بينها مال بدل لوقف لا يزال واقفه حياً وله حق الرجوع فيه اتقاء للارتباك إذا ما رجع هذا الواقف عن وقفه ، ولا مال وقف ترجح ظواهر الأحوال أنه من الأوقاف التى يمكن أن يقرر انتهاؤها فى الكل أو البعض طبقاً لأحكام المادة ١٨

٨٧ — وأحكام هاتين المادتين تطبق على أموال البدل المستحقة للأوقاف الصادرة قبل العمل بهذا القانون والأوقاف الصادرة بعده ، جاءت هذه الأموال من استبدالات سابقة عليه أو استبدالات لاحقة له . وطبقاً لأحكام المادة ٦١ لا تطبق أحكام المادة ١٥ على الأوقاف المبينة بها ، واستثناء هذه الأوقاف لم يكن إلا مبالغة فى الاحتياط إذ المعروف أن هذه الأوقاف ليس لها أموال بدل مودعة بخزائن المحاكم الشرعية فليست أموالها مما تتناوله أحكام هذه المادة ، أما أحكام المادة ١٤ فإنها تطبق على هذه الأوقاف لأنها ليست من المستثنيات الواردة بالمادة المذكورة .

٨٨ — وهاتان المادتان قد اشتملتا من الأحكام الفقهية على : (١) ما يشترى بمال البدل ليكون وقفاً . (٢) واستثمار أموال البدل استثماراً مؤقتاً. (٣) وانتهاء الوقف فى أموال البدل الضئيلة وصرفها مصرف الغلة . (٤) وإنفاق أموال البدل فى العمارة بدون رجوع فى الغلة . (٥) وإخراج نظار الأوقاف من النظر على الأعيان المشتركة . والمسألة الثالثة ستأتى فى انتهاء الوقف . والرابعة قد سبق أن نقلنا النصوص المتعلقة بها ، وسيأتى بقية ما يتعلق بها إن شاء الله فى شرح المادة ٥٥ والخامسة سيأتى القول فيها حين الكلام فى النظر على الوقف ، ونورد هنا المسألتين الأوليين :

ما يشترى بمال البدل — جاء فى كتاب الوقف لهلال أنه لو اشترط الاستبدال على أن يشترى داراً فليس له أن يشترى أرضاً ، وعلى أن يشترى أرضاً

فليس له أن يشترى داراً ، وأنه لو شرط الاستبدال على أن يشترى بدلها عرضاً من العروض لم يجز ، وأنه إذا اشترط الاستبدال فباعها بدنانير أو دراهم واشترى بالثمن عرضاً من العروض كان الشراء له خاصة وهو ضامن لمثل الثمن إلا أن يوجد الثمن بعينه فيؤخذ، وكذلك لو باعها بعرض ثم باع ذلك العرض بدنانير أودراهم كان الشراء له إذ ليس له أن يشترى لجهة الوقف بهذه الدنانير والدراهم إلا عقدة تكون وقفاً ، أرضاً أو داراً ، وإن اشترى بها غير ذلك كان المشترى ضامناً لمثل الثمن[1] .

ورد هذا فى هلال وفى غيره من معتبرات كتب الحنفية ولا يعلم فيه خلاف لأحد وهو صريح فى أن مال البدل لا يجوز أن يشترى به إلا ما يصح إنشاء وقفه استقلالا وقد كان هذا الحكم مانعاً للقضاء الشرعى من أن يشترى بأموال البدل شيئاً سوى الدور والأرضين ولكن محكمة مصر الشرعية توسعت سنة ١٩٢٦ فى فهم هذا النص وذهبت إلى أن الممنوع هو شراء العرض على أن يبقى كما هو أما إذا اشترى ليتخذ وسيلة لإحداث ما يصح وقفه ابتداء كالبناء على أرض موقوفة فإن روح النص ومرماه لا تمنع من ذلك إذ لا فرق بين شراء ما يصح ورود الوقف عليه حين الشراء وبين شراء ما ينتهى أمره إلى ذلك ما دامت النتيجة فيما بعد ستكون عيناً لو كانت قائمة لصح شراؤها لجهة الوقف . وعلى هذا الأساس أذنت بإنفاق مال البدل فى إنشاء مبان على أرض الوقف لتكون ملحقة به وعيناً من أعيانه ، وهذا الرأى وإن لم يتفق مع حرفية نصوص الحنفية متفق تمام الاتفاق مع روحها ومعناها وهو أفضل من الالتجاء إلى الإجراءات الملتوية والتصرفات الصورية للوصول إلى هذا الغرض كأن يستدين الناظر مال البدل لنفسه ثم يؤذن بإنشاء مبان لنفسه على أرض الوقف أو على بنائه وبعد هذا يشترى منه ما أنشأ لجهة الوقف بمال البدل الذى فى ذمته . وقد تبعت محكمة مصر فى ذلك بقية المحاكم واستقر عليه العمل ، وبصدور هذا القانون وإجازته وقف المنقول استقلالا لم يبق ثم محل للتردد فى جواز ذلك أو توجيه أى اعتراض إليه .

---

(١) ص ٩١ — ١٠١

وقال الحنابلة إن الوقف إذا بيع فأىّ شىء اشترى بثمنه مما يرد على أهل الوقف جاز سواء أكان من جنسه أو من غير جنسه لأن المقصود المنفعة لا الجنس [1].

وقال المالكية [2] والشافعية [3] فى الأحوال التى يمكن أن يكون فيها مال بدل عندهم، أنه يشترى به مثل العين التى أُخِذ بدلاً عنها فإن لم يمكن اشترى به جزء من مثله، فلا بد من المثلية ولا يصرف فى شراء جنس آخر.

ومن هذا اتضح أن جواز شراء العقار مطلقاً بمال البدل استبقاء للتشريع الأصلى وهو متفق مع مذهب الحنابلة، وجواز شراء المنقول بإطلاق مذهب الحنابلة، وإنفاقه فى إنشاء مستغل مأخوذ من مذهب الحنفية واستقر عليه عمل المحاكم وهو متفق أيضاً مع مذهب الحنابلة.

استثمار أموال البدل — سبق أن نقلنا ما نص عليه فقهاء الحنفية من أن ثمن الموقوف يحل محله ويكون موقوفاً مثله، وأن النقود متى جاز وقفها تستثمر بدفعها مضاربة ويصرف الربح للموقوف عليهم على أنه غلة للموقوف، ومن هذا يخرج جواز استثمار أموال البدل استثماراً مؤقتاً وتكون الثمرة غلة للموقوف عليهم، وهم لم يذكروا المضاربة على أنها طريق متعين لاستثمار النقود الموقوفة لا يجوز استثمارها فى غيره وإنما ذكرت لبيان طريقة مشروعة تستثمر فيها فهو أمر ذكر كأنه مثال فلا يمتنع استثمارها بأىّ طريق آخر مشروع.

٨٩ — مجمل النقد: وإذ انتهى القول فى أحكام الرجوع والتغيير والشروط العشرة وما يتعلق بها يحسن بى أن أورد فى نهاية ذلك مجمل نقدى لهذه الأحكام:

(ا) جاء فى الفقرة الثانية من المادة (١١) أنه لا يجوز للواقف الرجوع ولا التغيير فيما وقفه قبل العمل بهذا القانون وجعل استحقاقه لغيره، إذا كان قد حرم نفسه وذريته من هذا الاستحقاق [4] ومن الشروط العشرة بالنسبة له...

---

(١) المغنى ج ٦ ص ٢٢٧ (٢) الخرشى ج ٥ ص ٩٥، ٩٦ (٣) التحفة ج ٢ ص ٣٣٣، ٣٣٤

(٤) اسم الإشارة فى كلمة «الاستحقاق» هذه راجع الى استحقاق الموقوف جميعه، وهو المذكور قبله فى الكلام، ولا يصح رجوعه إلى استحقاقه الذى جعل للغير خاصة وإلا كان اشتراط حرمانه نفسه مما جعل للغير لغواً، وكان افتراض أنه لم يحرم نفسه مما جعله لغيره افتراضاً لأمر لا يمكن تصوره.

وسوق الكلام ، ومايفيده معنى الاستحقاق ، و إطلاق القول فيه ، كل أولئك يدل فى وضوح على أن المراد جعل استحقاق هذا الموقوف لغير الواقف من وقت هذا الجعل الذى قد يكون فى وقف مبتدأ وقد يكون بطريق التغيير . والإطلاق فى عبارة « استحقاقه » أى الموقوف كان يقضى بأن الواقف لا يكون له حق فيه على التأبيد وأنه يكون لغيره ما بقى الوقف ، ولكنا متى نظرنا إلى بقية الكلام عرفنا أن ذلك غير مراد ، فقد أعقب الشارع هذا الوضع بإيراد حالتين له ، أولاهما لا يبحث فيها عن إثبات شىء ومما اشترط فيها أن يكون الواقف قد حرم نفسه من استحقاق هذا الموقوف ، فلو كان المراد من أول الكلام هو أن يجعل استحقاق هذا الموقوف لغيره أبدا ما استقام هذا الاشتراط ولكان هذا الشرط لغواً لا فائدة له ، أما الثانية وهى التى يحتاج فيها إلى الإثبات ، فقد افترض فيها عدم تحقق هذا الشرط ، وهذا لا يكون إلا إذا كان الواقف قد جعل استحقاق هذا الموقوف لنفسه فى بعض الأوقات ، فلو كان إطلاق أول الكلام مراداً لناقض آخره أوله، فدل مجموع الكلام وارتباط بعضه ببعض على أن هذا الإطلاق غير مراد وأنه ليس من الضرورى فى وضع المسألة أن يكون الاستحقاق على الدوام لغير الواقف بل يكفى فيه جعله للغير من وقت الجعل و إن جعله لنفسه بعد ذلك فى بعض الأوقات . فلو وقف على نفسه ثم على زيد وذريته ثم على جهة بر لا تنقطع وحرم نفسه وذريته من الشروط العشرة إطلاقاً ، أو وقف على نفسه ثم على زيد وذريته ثم على جهة بر لا تنقطع وحرم نفسه وذريته من الشروط العشرة إطلاقا أو بالنسبة لزيد وذريته لم يتحقق وضع هذه المسألة وكان له الرجوع والتغيير ولا عبرة باكتمال المظهر الوارد فى الحالة الأولى بالنسبة لزيد وذريته ولا يسأل عما إذا كان استحقاقهم نظير عوض أو ضماناً أو لم يكن . ولقد مر بى من الواقعات مايحملنى على القول بأن العدالة تقضى بأن يكون وضع المسألة ومدار الحكم هو استحقاق الغير وحده ، فإذا اكتمل له المظهر الوارد بالحالة الأولى لم يكن له حق فى الرجوع مادام زيد وذريته موقوفاً عليهم ولا التغيير فيما جعل لهم و إن كان للواقف استحقاق قبلهم أو لذريته استحقاق بعدهم

أو لم يحرم نفسه وذريته من الشروط العشرة بالنسبة لاستحقاق غير زيد وذريته وإذا لم يكتمل هـذا المظهر فى استحقاق زيد وذريته امتنع ما ذكر من الرجوع والتغيير إذا ثبت مانص عليه فى الحالة الثانية وإن كان الاستحقاق للواقف ابتداء.

ومن الواضح أن شروط الاستبدال وأخويه لا أثر لهما فى مسائل الاستحقاق فالواجب أن يقتصر على ماعداهما من الشروط العشرة .

(ب) يجب أن يحذف من المادة ٥٦ عبارة « والشرط الخاص بنفاذ التغيير فى المادة ١١ و بنفاذ الشروط العشرة فى المادة ١٢ » .

وأن ينص فى المادة ٥٧ على أن المادة ١١ لا تطبق على ماصدر قبل العمل بهذا القانون من الرجوع والتغيير ، وعلى أن تطبيق المادة ١٢ لايمس التصرفات التى تمت قبل العمل بهذا القانون بناء على اشتراط الواقف الشروط العشرة لغيره.

(ج) لامعنى للنص على أن للواقف أن يشترط لنفسه من الشروط العشرة ماعـــدا الاستبدال ، والوضع السليم يقضى بأن يقتصر فى المادة ١٢ على أن للواقف أن يشترط لنفسه الاستبدال وتكراره .

(د) رعاية لتناسق الأحكام وقطعاً لكل لبس يجب أن يكون صدر المادة ١٤ هو : يشترى بأموال البدل عقاراً أو منقولا . . .

هذا وقد تقـدم أحد حضرات النواب الواقفين إلى المجلس بمشروع قانون بتعديل الفقرة الثالثة من المادة ١١ فيا يتعلق بالموقوف على المسجد وسألحق بهذا الكتاب مايتم فيه إن كان ذلك قبل الفراغ من طبعه ، وليت الاقتراح كان بمنع الرجوع فيا آل استحقاقه لجهات الخير جميعاً !!!

انتهاء الوقف

٩٠ — انتهاء الوقف هو انحلال عقدته وزوال حكمه (الحبس والتسبيل) وتلاشى الآثار المترتبة عليه من وقت وقوع هذا الزوال، فليس من الانتهاء حالة الوقف غير الصحيح كوقف ما اشترى شراء فاسداً قبل قبضه وكالوقف المعلق أو المضاف إلى غير موت الواقف المطلق ووقف إنسان ملك آخر على أنه ملكه هو لأن العقد فى هذه الحالة لم يصح ولم يثبت له وجود شرعى ولا قانونى حتى يقال إنه انحل ولم يتحقق به حكم حتى يقال إنه زال وانتهى، وليس منه رد العقد الذى صدر متوقفاً كرد المالك وقف غيره لملكه على أنه ملك صاحبه إذ التحقيق أن العقد الموقوف، وإن انعقد، لا يوصف بالصحة ولا بالفساد قبل الرد أو الإجازة ولا يثبت به حكم قبل ذلك فإن رد بطل من وقت إنشائه وإن أجيز صح من وقت صدوره. وليس من الانتهاء أيضاً الرجوع عن الوقف المعلق أو المضاف إلى مابعد الموت لأنه وإن انعقد صحيحاً لم يتم ولم يترتب عليه حكم قبل الموت، وليس منه أيضاً رد الوارث وقف مورثه المريض فى القدر الذى يتوقف وقفه على إجازته، فإن وقف المريض، وإن كان له حكم الوقف الصحيح فى الحياة وليس للوارث حق الاعتراض عليه قبل الموت كما أنه يكون لازماً بالنسبة للواقف عند الحنفية، متى حصل الموت متصلا بالمرض ثبت للوارث إذ ذاك حق الاعتراض عليه وتوقف نفاذه على إجازته، ويثبت هذا الحق للوارث مستنداً إلى السبب وهو أول المرض، فإذا رده بطل من وقت حصوله لا من وقت الرد فحسب، فلا يترتب مع الرد أى أثر للوقف من حين صدوره، والواقع أن وقف المريض من قبيل العقد الموقوف غير أن توقفه لا يظهر وقت صدوره، وإنما يظهر بعد الموت وتبين أن المرض كان مرض موت.

وانتهاء الوقف قد يكون آتياً من حل عقدته ويكون ذلك برجوع الواقف عن وقفه الصحيح الناجز غير اللازم، وقد يكون آتياً من انحلال عقدته وذلك فى الوقف المؤقت بمدة معينة والمؤقت ببقاء المصرف مستحقاً فإن الوقف المؤقت

إنما عقد على غاية فإذا جاءت هذه الغاية انتهى عقده وتلاشى . وقد يكون آتياً من فوات الموقوف ، فإذا كان الموقوف مرهوناً لم يمكن فكاكه وبيع فى الدين ولم يبق من ثمنه شىء فقد انتهى الوقف وإن بقى منه شىء بقى الوقف فيه وانتهى فيما فات ، وإذا كان أرضاً فأكلها النهر أو طغى عليها الماء حتى صارت لجة فقد انتهى الوقف ، وإذا كان دابة فهلكت أو ثوباً فتخرق وبلى فقد انتهى الوقف ، وكذلك ينتهى الوقف إذا غصب الموقوف غاصب ولم يكن هناك سبيل إلى استرداده أو أخذ شىء بدله أو بيع وضاع ثمنه أو كان نقوداً أقرضت فتوت لأعسار المقترض أو جحوده وعدم الدليل ، وانتهاء الوقف لفوات الموقوف لا ينطوى على انحلال عقدة الوقف ولم يكن إلا لفوات العين ألا ترى أن المغصوب إذا أمكن استرداده فيما بعد ، والمال التاوى إذا أمكن الحصول عليه ، والأرض التى غمرها الماء إذا انحسر عنها وصارت صالحة ، يكون كل منها موقوفاً كما كان وهذا آية أن عقدة الوقف لم تكن قد انحلت .

وانتهاء الوقف قد يكون انتهاء كلياً كالذى ذكرنا من قبل ، وقد يكون نسبياً ، فباستبدال الموقوف ينتهى الوقف بالنسبة للعين التى استبدلت ولكن الوقف قائم بقيام بدلها ، وإذا رد الموقوف عليه أو أخرج أو حرم لسبب من الأسباب أو انتهى وقت استحقاقه مع وجود مصرف آخر فإن الوقف يكون منتهياً بالنسبة له وقائماً لقيام عقده ووجود المصارف الأخرى .

وهذا القانون قد عرض لأهم أحوال الانتهاء ، كلياً كان أو نسبياً ، ولكنه لم يوردها جميعها هنا تحت هذا العنوان وذكر كثيراً منها فى المواضع الملائمة لها ولم يذكر منها هنا إلا انتهاء الوقف المؤقت ، وانتهاء الوقف ، مؤقتاً كان أو مؤبداً ، لما اعتبره فواتاً للموقوف .

(١) انتهاء الوقف المؤقت ومصيره بعد الانتهاء :

مادة ١٦ — ينتهي الوقف المؤقت بانتهاء المدة المعينة أو بانقراض الموقوف عليهم ، وكذلك ينتهي فى كل حصة منه بانقراض أهلها قبل انتهاء المدة المعينة أو قبل انقراض الطبقة التى ينتهي الوقف بانقراضها ، وذلك ما لم يدل كتاب الوقف على عود هذه الحصة إلى باقى الموقوف عليهم أو بعضهم فإن الوقف فى هـذه الحالة لا ينتهي إلا بانقراض هذا الباقي أو بانتهاء المدة .

مادة ١٧ — إذا انتهى الوقف فى جميع ماهو موقوف على ذوى الحصص الواجبة طبقاً للمادة ٢٤ أو فى بعضه أصبح ما انتهى فيه الوقف ملكا للواقف إن كان حياً فإن لم يكن صار ملكا للمستحقين أو لذرية الطبقة الأولى أو الثانية حسب الأحوال ، فإن لم يكن منهم أحد صار ملكا لورثة الواقف يوم وفاته وإلا كان للخزانة العامة .

وإن انتهى الوقف فى جميع ما هو موقوف على غيرهم أو فى بعضه أصبح ما انتهى فيـه الوقف ملـكا للواقف إن كان حياً أو لورثته يوم وفاته ، فإن لم يكن له ورثة أو كانوا وانقرضوا ولم يكن لهم ورثة كان للخزانة العامة .

٩١ — انتهاء الوقف : تناولت أولى هاتين المادتين بيان الأوضاع التى ينتهي بها الوقف المؤقت الصادر بعد القانون وتفصيلها ، ولا علاقة لها بالوقف المؤبد ، صدر قبل القانون أو بعده ، فهذا قد وردت أحكام انتهائه ضمن أحكام المادة ١٨ . والتأبيد فيما يصدر بعد القانون لا يكون إلا فى الخيرى ، والوقف المؤبد قد يكون خيرياً من بدايته وقد يكون فى البداية أهلياً ثم يكون بعد ذلك خيرياً كما لو وقف على نفسه ثم من بعده على الخيرات وقفاً مؤبداً ، أو وقف على نفسه ثم على أولاده

ثم على أولادهم ثم على الخيرات وقفاً مؤبداً ، أو وقف على نفسه ثم على ذريته أو أقاربه أو غيرهم لمدة عشرين سنة أو أربعين أو ستين ثم على الخيرات وقفاً مؤبداً ، وكذلك لو وقف على نفسه ثم على نسله وذريته إلى انقراضهم ثم على جهة بر وقفاً مؤبداً كما كان الحال قبل القانون وفرض أن الإشهاد بذلك قد سمع منه وضبط فإن استحقاق ما عدا الطبقتين الأوليين من ذريته يبطل طبقاً للمادة الخامسة ويكون الاستحقاق لجهة البر بعدهما طبقاً للمادة (٣٥) ، فالوقف فى جميع ما ذكرنا من الصور وفى أشباهها يكون وقفاً مؤبداً لا علاقة له بهاتين المادتين وهو خارج عن نطاقهما ولا يطبق عليه شىء من أحكامهما، ومع وضوح هذا ظهرت عند فريق من لجنة الأحوال الشخصية رغبة ملحة فى أن ينص فى متن القانون على أن الوقف إذا كان فى البداية أهلياً ثم على الخيرات مؤبداً لا ينتهى بانتهاء الاستحقاق الأهلى ، ولم يقنعهم القول بأن الكلام فى وقف مؤقت ، وهذا وقف مؤبد لا تأقيت فيه ، وأنه لا فرق بين هذا و بينما إذا كان الوقف أهلياً فى البداية ثم على الخيرات وكان مؤقتاً فإنه لا ينتهى أيضاً بانتهاء الاستحقاق الأهلى ما دامت الجهة الخيرية مستحقة لم تزل أو لم ينته وقت استحقاقها ، لم يقنعهم هذا، وفيه مقنع، وأصروا وكان لهم ما أرادوا ، ثم ظهرت هذه الرغبة نفسها فى لجنة التنقيح ، مع أن النص قد وصف فيه الوقف بالمؤقت صراحة وورد فيه المعنى على وجه لا لبس فيه ، ولم ترض بحذفه من المتن ألا على شريطة النص على ذلك فى المذكرة التفسيرية فذكر فيها وهو من نافلة القول مع ما قد يجره ذلك من الإبهام والإيقاع فى اللبس .

والتأقيت فى نظر هذا القانون لا يكون إلا بالمدة المعينة أو مدة بقاء الموقوف عليه ، وهو لا يعرف معياراً للتوقيت غير هذين فلا يعرف التوقيت بزمن غير معين ولا بأمر آخر يجهل وقت حدوثه كإرادة الموقوف عليه أو احتياجه، ولو كان يقر شيئاً من هذا لذكره فيما ينتهى به الوقف، فليس من المقبول أن يكون للتوقيت فى نظره أنواع مختلفة ثم يحكم بانتهائه على وجه الاستغراق ببعض هذه الآجال و يغفل البعض الآخر ، والمعنى البين لصدر هذه المادة هو أن الوقف المؤقت ينتهى بانتهاء وقته وهو

المدة المعينة أو مدة بقاء الموقوف عليه والسياق واضح أتم الوضوح فى أنه لا تأقيت إلا بهذين الأمرين ، وإذا كان نص المادة الخامسة فيما يتعلق بالخيرى لم يحدد ما يكون به تأقيته تحديداً تاماً فقد حدده هذا النص وبين ما يراد منه .

والمؤقت قد يكون فى جميع الوقت أهلياً ، وقد يكون فى جميعه خيرياً ، وقد يكون فى بدايته أهلياً وفى نهايته خيرياً ، وقد يكون العكس . والتأقيت قد يكون بالمدة المعينة وحدها كما لو وقف على أولاده وذريته وقفاً ينتهى بمرور خمسين عاماً بعد وفاته ، أو وقف على جهات الخير مائة عام أو أكثر أو أقل ، أو وقف على أولاده وذريته خمسين عاماً ثم على جهات بر خمسين سنة بعدها أو أقل أو أكثر ، أو وقف على جهة خيرية عشرة أعوام يكون بعدها وقفاً على أولاده وذريته مدة ستين سنة . وقد يكون ببقاء الموقوف عليهم وحده ، كما لو وقف على نفسه ثم على طبقتين من أولاده وذريته ثم على إنشاء مستشفى بقريته ينتهى الوقف بإنشائه ، أو وقف على إنشاء هذا المستشفى فإذا تم إنشاؤه كان على البطن الأعلى ممن يوجد إذ ذاك من ذريته ثم على أولادهم وينتهى الوقف ، وقد يكون أمدُ الوقف مركباً منهما معاً ، كما لو وقف على نفسه ثم على أولاده ثم على أولادهم ثم على فقراء قرابته خمسين عاماً ، أو وقف على نفسه ثم على نسله وذريته ستين عاماً ثم على فقراء قرابته وبانقراضهم ينتهى الوقف ، والوقف المؤقت فى هذه الحالة هو الوقف على جميع الموقوف عليهم ولا ينتهى إلا بانتهائهم ولا ينظر فيما ينتهى به إلا إلى ماوقع آخراً فإن كان مؤقتاً بالمدة كان انتهاؤه بها وإن كان مؤقتاً بالموقوف عليهم كان انتهاؤه بانقراضهم فالانتهاء دائماً لايكون إلا بانتهاء أحد هذين الأجلين، ولا يمكن أن يكون بهما معاً ، ومراعاة لهذا المعنى عبر فى القانون بأو لأن التعبير بها أدق من التعبير بالواو التى كانت فى المشروع الأول .

٩٢ — الانتهاء بالمدة : ينتهى الوقف ، خيرياً كان أو أهلياً ، بانتهاء المدة المعينة التى ينتهى بها أجل الوقف ، أما إذا كان قد دخل فى توقيته مدة معينة لاستحقاق طائفة أو طبقة أو جهة من الموقوف عليهم ولم تكن هذه المدة نهاية

أجله فإنه لاينتهى بانتهائها قطعاً لأن الوقف لايزال قائماً بعد انتهائها .

وإذا كان الوقف المؤقت خيرياً من بدايته لنهايته وكان كل وقته مدة معينة ، سواء أكان ذلك على جهة واحدة أم على جهات مشتركة أم على جهات متعاقبة ، أو كان التوقيت فى أوله بالموقوف عليهم وفى نهايته بالمدة المعينة ، أو كان أهلياً فى أوله وكان فى آخره خيرياً مؤقتاً بالمدة المعينة كان انتهاؤه بالمدة المعينة ولا تفصيل فى ذلك كما قالت المذكرة التفسيرية ، أى أنه لاينتهى إلا بانتهاء هذه المدة فلا ينتهى قبل انتهائها وإن انقطع المصرف الخيرى الذى عينه الواقف قبل انتهائها ، وينتهى بانتهائها وإن كان هذا المصرف باقياً ، فلو وقف أرضاً له وقفاً خيرياً لمدة عشرين سنة على أن يصرف ريعها للفقراء من أهل قريته وانتهت هذه المدة انتهى هذا الوقف بانتهائها وإن كان فى قريته فقراء لأنه جعل أرضه وقفاً فى هذه المدة ولم يجعلها وقفاً فيما بعدها فلا تكون موقوفة بعد انتهاء هذه المدة التى كانت تسميتها توقيتاً صحيحاً صريحاً لوقفه ، وإذا كان قد وقفها وقفاً خيرياً لمدة خمسين سنة على أن يصرف ريعها للفقراء من قرابته فلم يكن له قرابة أصلا ، أو كان له قرابة ليس فيهم فقير أو كان له قرابة فقراء استحقوا الريع فى بعض هذه المدة ثم انقرض جميع قرابته أغنياء وفقراء قبل نهايتها ولا يرجى أن تكون له قرابة أصلا فإن الوقف يبقى قائماً مادامت المدة التى سماها ولا ينتهى إلا بانتهائها ، والسر فى ذلك أن الواقف جعل هذه الأرض موقوفة طول هذه المدة وله فى وقفه هذا مقصدان أحدهما عام وهو القصد إلى عبادة الله والتصدق بثمرة أرضه فى هذه المدة مرضاة له وطمعاً فى ثوابه ، والآخر خاص وهو أن تكون صدقته للمصرف الذى سماه ، فإذا فات عليه غرضه الخاص بانقراض المصرف الذى سماه أو عدم وجوده فلا يفوت عليه المقصد العام وهو المقصد الأساسى وتبقى الأرض على وقفيتها مابقيت المدة التى سماها ، ومن أجل هذا المعنى اختار هذا القانون أنه إذا جعل وقفه خيرياً وسمى مصرفاً ينقطع وأطلق ولم يصرح بالتأقيت كان وقفه مؤبداً نظراً لأن المقصد الأساسى من الوقف هو القربة والتصدق بالغلة وليس لهذا أمد محدود فلا يتأقت إلا إذا صرح فيه بالتأقيت وذكر المصرف الذى ينقطع

ليس نصاً فى التأقيت فلا يعارض مايقتضيه المقصد الأصلى و يتأبد الوقف،وكذلك الحال هنا فقد ذكر مدة معينة والمقصد الأصلى يقتضى استدامة الوقف وتأبيده فى هذه المدة فلايعارضه انقطاع المصرف الخاص ، وبهذا يكون القانون قد جرى على سنن واحد هنا وهناك ، وهذا هو الذى أراده الشارع وقد عبرت مذكرته التفسيرية عن إرادته هذه تعبيراً بيناً .

و إذا كان الوقف المؤقت أهلياً من بدايته إلى نهايته وكان كل وقته مدة معينة ، مرتباً كان أو غير مرتب ، أو كان التوقيت فى أوله بالموقوف عليهم وفى نهايته بالمدة المعينة ، أو كان خيرياً فى أوله أهلياً فى آخره وكان الأهلى مؤقتاً بمدة معينة ، فإن الحكم بانتهائه يختلف ببقاء الموقوف عليهم إلى نهاية المدة المعينة و بانقراضهم أو انقراض بعضهم قبل انتهائها ، فإذا بقى الموقوف عليهم جميعاً أحياء مستحقين إلى نهاية هذه المدة أو انقرض بعضهم قبل نهايتها ولكن كان لكل حصة من يستحقها إلى نهاية هذه المدة فإن الوقف يبقى قائماً ولا ينتهى إلا بانتهاء هذه المدة ، أما إذا لم يوجد الموقوف عليهم جميعاً وكانوا لا يرجى وجودهم أو كانوا وانقرضوا جميعاً قبل نهاية المدة فإن الوقف ينتهى بتحقق ذلك ولا يستمر وقفاً إلى نهاية المدة . وكذلك ينتهى الوقف فى كل حصة منه قبل نهاية المدة إذا لم يكن لها مستحق أو كان وانقرض قبل نهاية المدة ولا يستمر وقفها إلى نهايتها ، أما الحصص الأخرى التى بقى مستحقوها فإنها تبقى وقفاً إلى نهاية المدة . وقد اشترط القانون لانتهاء وقف الحصة بانقراض أهلها قبل نهاية المدة المعينة ألا يوجد فى كتاب الوقف ما يدل على أنه إذا انقرض مستحقو حصة كان ريعها مصروفاً للباقين من الموقوف عليهم أو لبعضهم فإن الوقف لا ينتهى فى هذه الحصة بل يبقى قائماً ما بقى من جعلت لهم أو إلى انتهاء المدة ، وهذا الشرط لم يكن إلا مجرد احتياط ولو لم يذكر فى متن القانون لم يتغير الحكم ولم يكن فى فهمه لبس فإن الحصة التى تجعل بعد موت مستحقيها لغيرهم من الموقوف عليهم لا يصدق عليها أنها حصة انقرض أهلها بل هى حصة لا يزال أهلها باقون فلا يتناولها الحكم . والسر فيما أخذ به من انتهاء

الوقف بانقراض الموقوف عليهم قبل انتهاء المدة التى سماها الواقف أن الوقف الأهلى الصرف ليس فيه شىء من قصد القربة والتصدق والمقصد الوحيد منـه هو صلة الموقوف عليهم والبر بهم دون سواهم ولم يقصد من ذكر المدة إلا استدامة هذه الصلة خلالها دون أى قصد آخر فإذا انقرض الموقوف عليهم قبل نهايتها فقد فات غرض الواقف من هذا الوقف فلا يبقى ويكون منتهياً .

فمن وقف أرضاً له على نفسه ثم من بعده لذريته ونسله لمدة ستين سنة ينتهى الوقف بعدها فبقى نسله وذريته إلى نهاية هذه المدة فإن الوقف لاينتهى قبل انتهائها وينتهى متى انتهت وإن بقى الموقوف عليهم أو بعضهم بعد نهايتها ، ومن مات من أولاده أو ذريته المستحقين قبل نهاية هذه المدة ولم يكن له ولد ولاذرية انتهى الوقف بالنسبة لنصيبه إلا إذا كان الواقف قد اشترط فى كتاب وقفه أن من مات من الموقوف عليهم قبل نهاية هذه المدة كان نصيبه لأخوته وأخواته أو لأهل طبقته أو لبعض آخر من الموقوف عليهم معين أو لجميع الباقين من أهل هذا الوقف فإن الوقف لاينتهى فى هذه الحال بانقراض مستحقها الأصلى قبل نهاية المدة وإنما ينتهى بانتهاء المدة أو بانقراض من جعلت لهم بعد المستحق الأصلى ، وإذا مات الواقف ولم يكن له أولاد ولا ذرية أصلا انتهى الوقف بموته وإن كانت مدة التوقيت لم تبتدىء ، وإذا مات وكان له أولاد وذرية استحقوا الوقف ومن مات منهم ولا ولد له ولا ذرية طبق على حصته ماسبق وإذا انقرضوا جميعاً خلال عشرة أعوام أو عشرين مثلا ولم يبق منهم أحد انتهى الوقف بانقراضهم ولا يبقى قائماً حتى تنتهى المدة التى سماها الواقف .

٩٣ — انتهاء الوقف المؤقت بانقراض الموقوف عليهم : إذا لم يكن الوقف مؤقتاً بالمـــدة المعينة وكان مؤقتاً ببقاء الموقوف عليهم ، خيريا كان أو أهليا ، فإنه ينتهى بانقراض الموقوف عليهم جميعا . فلو وقف على مصالح مدرسة معينة على أن ينتهى الوقف بزوالها ثم ألغيت هـذه المدرسة ولا ترجى عودتها انتهى الوقف ، ولو وقف على نفسه ثم على الفقراء من قرابته فمات وانقرض جميع أقاربه

ولا يرجى وجود سواهم انتهى الوقف ، ولو وقف على نفسه ثم على أولاده لصلبه فقط فمات ولا ولد له أو كان له أولاد وماتوا انتهى الوقف بموته فى الحالة الأولى و بانقراض جميع أولاده فى الحالة الثانية ، ولو وقف على نفسه ثم على أولاده ثم على أولادهم فمات ولا ذرية له انتهى الوقف ، ولو مات وترك ولداً واحداً فمات هذا الولد ولا ذرية له انتهى الوقف بموته ، ولو أن هذا الولد ترك ولداً واحداً ينتهى الوقف بموت هذا الأخير .

وإذا كان الوقف مؤقتاً على هـذا النحو وتعدد الموقوف عليهم كان نصيب كل منهم حصة واعتبرت حصته بمثابة وقف مستقل ينتهى الوقف فيها بانقراض أهلها أو من وقفت عليهم أصالة واحداً كان أو أكثر وإن لم ينقرض أهل الحصص الأخرى ، فلو وقف على مصالح مدرسة معينة ومصالح مصحة معينة فألغيت هذه المدرسة ولا يرجى عودتها ذاتها انتهى الوقف فى حصة هذه المدرسة ، ولو وقف على فقراء قرابته من أبيـــه وفقراء قرابته من أمه وجعل لكل فريق منهم حصة فى الاستحقاق فانقرض أقارب أبيه جميعاً أو أقارب أمه جميعاً ولا يرجى أن تكون له قرابة من هذه الناحية انتهى الوقف فى حصة هذا الفريق ، ولا ينتهى شىء من الوقف فى حصة كل فريق من هذين الفريقين إلا بانقراض الموقوف عليهم من هذا الفريق جميعاً فمن كان فقيراً من قرابة الأب مثلا واستحق مايجب له ثم مات لاينتهى الوقف فى نصيبه مادام لأبيه قرابة فقراء أو يمكن أن يكون فيهم فقراء لأن نصيبه كبقية ما جعل لهذا الفريق موقوف عليه وعلى غيره من فقراء هذا الحيز من القرابة من كان موجوداً ومن سيوجد فلايتحقق بموته انقراض أهل هذا النصيب، ولو وقف على نفســه ثم على أولاده ثم على أولادهم ومات ولد من أولاده ولم يكن له أولاد انتهى الوقف فى حصته لانقراض أهلها ، وإن كان له أولاد لاينتهى الوقف فيها لعدم انقراض أهلها وتنتقل إليهم وبانتقاله إليهم يكون نصيب كل منهم حصة ، فمن مات منهم انتهى الوقف فى حصته لانقراض أهلها . وانتهاء الوقف بانقراض أهلها قبل انقراض بقية أهل الحصص الأخرى مشروط بألا يوجد فى كتاب الوقف مايدل على

أن الواقف أراد عودة هذه الحصة إلى باقى الموقوف عليهم أو بعضهم ، فإذا وجد فيه مايدل على ذلك عمل به ولا ينتهى وقف هذه الحصة إلا بانقراض من جعلت لهم بعد أهلها ، وذلك لأن أهل هذه الحصة الحقيقيين لم ينقرضوا . ولا يراعى فى دلالة ما جاء بكتاب الوقف على ذلك ما قرره الحنفية من أن نصيب من مات عقيما يعود للباقين إذا كان اسم الموقوف عليهم يتناول الباقين كأولادى ، ومن أن النصيب المسكوت عنه يعود إلى أصل الغلة وغير ذلك ، فإن هذه القواعد قد قررتها وقررت أكثر منها المادة ٣٣ ومع ذلك قد نص فيها على مراعاة أحكام هذه المادة فلو أنه أريد من الدلالة مايشمل هذا النوع لم يكن محل للنص هناك على مراعاة أحكام هذه المادة ويكون ذلك لغواً لا فائدة له ، بل المراد أن يكون هناك شرط صريح يدل على ذلك أو كلام احتفت به قرائن وظروف تعين أن الواقف أراد ذلك ، أما هذه القواعد وحدها فلا يعتمد عليها فى القول بأن كلام الواقف يدل على عود حصة من مات إلى الباقين . والسر فى ذلك أن القانون قد راعى ذرية من يموت من الطبقة التى ينتهى بها الوقف وأراد رفع مايلحقهم من الضرر بعودة الاستحقاق إلى باقى الموقوف عليهم وتأخر انتهاء الوقف مع أنه لا يمكن أن يصل إليهم شىء من ريعه فقال بانتهاء الوقف فى حصة أبيهم ليتملكوها بموته اللهم إلا إذا كان الواقف قد نص على خلاف ذلك ، وقد راعى هذا وبنى الحكم عليه وإن كان ممن يموتون من لا تكون له ذرية أصلا أو تكون له ذرية لا تملك الموقوف لأنه راعى الحالة الأعم ، وليس من وراء هذا الحكم ضرر فإنه خاص بالأوقاف المؤقتة ولا تأقيت إلا بعد القانون ففى وسع من يقف وقفاً مؤقتاً أن يشترط فى وقفه مايشاء صراحة .

وإذا كان الوقف الأهلى مؤقتاً بالمدة المعينة فإنه ينتهى فى الموقوف كله أو فى الحصة بانقراض الموقوف عليهم أو بانقراض أهل الحصة قبل انتهاء المدة ، أما الخيرى فإنه لا ينتهى بانقراض الموقوف عليهم أو بانقراض أهل الحصة قبل انتهاء المدة كما بينا ذلك كله من قبل بياناً وافياً .

والأصل فى معنى انقراض الشىء زواله بعد أن كان موجوداً ، ولكنه قد

حدث، فيه عرف للواقفين وللقضاء جعل معناه أوسع من المعنى الأصلى وشاملا للزوال بعد الوجود، ولعدم الوجود من الأصل، وهذا القانون قد استعمل الانقراض بمعناه العرفى، ومتى راعينا هـذا ولاحظنا الوصف الذى جعل عنواناً لمن أضيف إليه الانقراض (الموقوف عليهم) كان معنى انقراضهم شاملا لعدم وجود ذواتهم أصلا، ولوجودهم مع عدم تحقق الوصف فيهم أصلا، ولزوالهم بعد تحقق الوصف فيهم، ولزوال الوصف عنهم بعد تحققه فيهم وإن بقيت ذواتهم. فمن صور الانقراض ما لو وقف على مصالح المدرسة التى سينشئها فى مكان معين فمات ولم ينشئها، أو وقف على أولاده ومات ولا ولد له، ومنها ما لو وقف على فقراء قرابته وكان له قرابة ليس فيهم فقير ثم انقرضوا ولا يرجى أن يكون له أقرباء لأن الوصف، وهو الفقر، لم يوجد من اتصف به فلم يوجد موقوف عليه أصلا، ومنها زوال نفس الموقوف عليه بعد تحقق الوصف فيه بموتٍ أو غيره، ومنها زوال الوصف بسبب الحرمان أو الرد وإن كان من وقف عليه لا يزال باقياً فالانقراض لا يختص بالموت أو الزوال بعد الوجود بل يشمل كل ما ذكر كما جاء بالمذكرة التفسيرية.

والموقوف عليهم الذين ينتهى الوقف المؤقت بانقراضهم هم جميع المصارف التى سماها الواقف فى هـذا الوقف وكان الوقف عليهم صحيحاً، اشتركوا فى الاستحقاق أو كانوا مرتبين، كان الوقف عليهم خيرياً محضاً أوأهلياً محضاً أومركباً منهما بدىء فيه بالأهلى وعقب بالخيرى أو عكس الوضع، وفى الصورتين الأخيرتين لا ينظر إلى الوقف كوقفين فيما يتعلق بالانتهاء بل يكون وحدة فإذا انقرض السابق من النوعين أو بعض طبقاته لا ينتهى الوقف لعدم انقراض الموقوف عليهم ويبقى قائماً وتطبق عليه أحكام المادتين (١٩ و ٣٥). ولا يحكم بانقراض الموقوف عليهم بمجرد عدم وجودهم، أوعدم تحقق الوصف فيهم، أو زوال الموجود منهم، أو زوال الوصف عنه، بل لا بد أن يكون عدمهم عدماً لا يرجى معه وجود وزوالا لا ترجى معه عودة، فلو وقف على مرضى المستشفى الذى سيبنيه ومضت مدة طويلة ولم يبنه لا ينتهى الوقف ولكن إذا مات ولم يكن قد بناه تأكد العدم وتحقق الانقراض فينتهى

الوقف إذ ذاك ، ولو وقف على أولاد زيد وكان زيد موجوداً ولا ولد له لم ينته الوقف لأن استمرار عدم الموقوف عليه ليس مقطوعاً به فلا يحكم بانقراضه وإنما يقطع بذلك إذا مات زيد ولا ولد له أو ثبت بدليل قاطع أنه لا يمكن أن يكون له ولد ، ولو وقف على فقراء قرابته وكان له قرابة ليس فيهم فقير لا ينتهى الوقف ما لم ينقرضوا لإمكان أن يفتقر غنيهم أو أن يكون من ذريتهم فقير ، ومن مات من الموقوف عليهم فقد انقرض انقراضاً محققاً وكذلك من رد الوقف فإنه لا يملك القبول بعد الرد ، أما المحروم فإن كان قد حرم لسبب لا يحتمل الزوال فإنه يكون منقرضاً بهذا الحرمان ، وإذا كان سبب الحرمان مما يحتمل الزوال وكان المحروم ممن يعود لهم الاستحقاق بزوال السبب فإنه لا يعتبر منقرضاً لمجرد هذا الحرمان الذى يحتمل الدوام ويحتمل الزوال ، بل ينتظر ، فإن تأكد الحرمان كان منقرضاً من يوم حصوله وإن زال تبين أن الوقف لا يزال باقياً .

٩٤ — وانتهاء الوقف بانتهاء المدة أو بانقراض الموقوف عليه وانتهاء وقف الحصة بانقراض أهلها حكم قرره القانون غير متوقف على شىء آخر فمتى وجد سببه ثبت من غير حاجة إلى قرار من محكمة التصرفات أو حكم من المحكمة القضائية وهو كحق الإرث مثلا يثبت بتحقق سببه من غير توقف على القضاء ، ولكن إذا حصل نزاع فى سبب الانتهاء كان كغيره من أنواع النزاع يرفع أمره إلى المحكمة القضائية لتفصل فيه ويكون حكمها بالانتهاء مظهراً له لا مثبتاً ومنشئاً له ، ولكن ماذا يكون العمل لو أن من صار له ملك الوقف المنتهى أصبح فى حاجة ماسة إلى قرار بالانتهاء ولم يكن هناك نزاع ، فهل يكون من حقه أن يلجأ إلى محكمة التصرفات ليحصل منها على قرار بالانتهاء ؟ الواقع أن الانتهاء ليس تصرفاً فى الوقف ولا يتوقف حصوله على قرار ، ومحكمة التصرفات محكمة إفادة للحقوق وإنشاء لها وليست محكمة فتوى ولا تحقيق وإظهار حقوق مقررة لا نزاع فيها ، فليس النظر فى هذا من اختصاصها ، غير أن التمكين من النظر على الأوقاف مثل الانتهاء فى هذا المعنى ومع ذلك قد جرى العمل بمحاكم التصرفات على النظر فى موضوعه وإصدار

قرار به رغبة فى التيسير على الناس فلو أن محاكم التصرفات قبلت طلبات الإنهاء كما تقبل طلبات التمكين لم تبتعد فى ذلك عما سارت عليه من الرغبة فى السهولة والتيسير .

٩٥ — مصير ما ينتهى فيه الوقف المؤقت : إذا انتهى الوقف المؤقت زال بانتهائه عبء الوقف عن الموقوف عليه وصار ملكا حراً كامل الملكية ، ولكن من تكون له ملكيته الكاملة يختلف باختلاف الأحوال ، فتارة يكون الواقف وتارة يكون المستحق أو ذريته وتارة يكون ورثة الواقف وتارة يكون بيت المال .

ا — الواقف : إذا انتهى هذا الوقف وكان الواقف حيًّا كانت له ملكية الموقوف الكاملة سواء أكان تأقيت الوقف بالمدة المعينة أم ببقاء الموقوف عليه ، خيرياً كان أو أهلياً ، كان على ذوى الحصص الواجبة أو على غيرهم . فإذا وقف أرضاً له مدة معينة على أن يصرف الريع فى جهات برعينها وانتهت هذه المدة وهو حى انتهى الوقف بانتهائها وصارت الأرض ملكا حراً له ، وإذا وقفها على أن يصرف ريعها فى إنشاء مسجد ومدرسة ومصحة فإذا تم إنشاؤها انتهى الوقف فتم ذلك كله فى حياته صار ملكا حراً له ، وإذا وقف على أولاده مدة معينة كان يقدر ألا يبقى إلى نهايتها فمد الله فى أجله حتى انتهت كان الموقوف ملكا حراً له وكذلك لو وقف على جميع من يوجد له من الأولاد والزوجات وسماهم بأسمائهم فانقرضوا جميعاً قبل موته ، أو وقف على أخوته وأولادهم أو على أتباعه وأولادهم فماتوا فى حياته . والذى يثبت له فى هذه الأحوال ليس أصل الملكية فإن ذلك كان ثابتاً له حين قيام الوقف كما سيجىء وإنما يثبت له تمام الملكية لأن ملكيته للموقوف عليه قبل انتهاء الوقف كانت ملكية ناقصة .

ب — المستحق أو ذريته : وإذا انتهى هذا الوقف ولم يكن الواقف حياً وكان ما انتهى فيه الوقف موقوفاً على ذوى الاستحقاق الواجب كان ملكا للمستحق أو لذرية الطبقة التى ينتهى الوقف بانقراضها ، سواء أكانت الطبقة الأولى أم الطبقة الثانية .

وذوو الحصص الواجبة طبقاً للمادة ٢٤ هم الوارثون من ذرية الواقف وزوجه أو أزواجه ووالديه ، الموجودون وقت موته متى تحقق الشرط المبين فى الفقرة الثانية من تلك المادة ولم يكن محروما لسبب من الأسباب المبينة فى هذا القانون . وقد أريد من « ذوى الحصص الواجبة » فى هذه المادة المعنى العام الذى يتناول من تحقق فيه هذا الوصف فعلا ، وذلك لا يكون إلا بعد موت الواقف ، ومن كان أهلا لهذا الوصف وإن لم يتحقق فيه بعد ، وآية ذلك إطلاقه على من ينتهي الوقف عليه فى حياة الواقف مع أنه لا تثبت له فى حياته إلا الأهلية فحسب وليس من ذوى الحصص الواجبة من لم تثبت له هذه الأهلية أصلا ، ومن ثبتت له ثم زالت عنه قبل أن يجىء وقت الوجوب له ، ومن ثبت له هذا الوصف ثم زال عنه .

والوضع فى حالتنا هذه هو انتهاء الوقف فيما هو موقوف على ذى الاستحقاق الواجب ، ومعنى هذا أنه يجب لتطبيق هذا الحكم أن يكون ذو الاستحقاق الواجب موقوفا عليه حين الانتهاء أى أنه لا يكون لزوال وصف الموقوف عليه عنه سبب إلا انتهاء الوقف ، فمن كان موقوفاً عليه عند الانتهاء ولكنه لم يكن ذا حصة واجبة ، ومن لم يكن موقوفا عليه عنده ، يكون كل منهما خارجا عن وضع هذه الحالة . وكون الشخص عند الانتهاء موقوفاً عليه وذا حصة واجبة لا يتحقق إلا حينما يكون انتهاء الوقف بانتهاء المدة المعينة أو بموت الموقوف عليه وهو مستحق ، أما من مات قبل الاستحقاق أو رد الوقف أو حرم منه وكان آخر الموقوف عليهم فإن الوقف لم ينته إلا بعد خروجه من الوقف ، أو بعد خروجه منه وزوال وصف الوجوب عنه ، وإذا لم يكن الانتهاء فى بعض صور الحرمان لاحقاً فى وجوده الخارجي لزوال الوصف والخروج من الوقف فهو لاحق لهما فى الفرض والتقدير لأنهما سبب فيه إذ الوقف لا ينتهى فى هذه الحال إلا لأن آخر المستحقين قد صار غير موقوف عليه وأصبح ليس ذا نصيب واجب .

فلو وقف على نفسه ثم على زوجته وابنه الوحيد وجعل لزوجته ثمن الغلة ولابنه الباقى فمات ابنه فى حياته خرج من أن يكون موقوفا عليه وزالت عنه الأهلية فإذا مات الواقف والوقف على حاله، انتهى الوقف بموته فى سبعة أثمان

الموقوف وكان الانتهاء فى هذه الحصة لانقراض أهلها من الطبقة الأولى ولكن الوقف لم ينته فيما هو موقوف على ذى الاستحقاق الواجب حين الانتهاء بل انتهى فيما هو موقوف على غيره حين الانتهاء وهو الواقف نفسه حتى لو كان لهذا الابن ابن حين وفاة الواقف لم يستبد بملك هذه الحصة بل تكون لورثة الواقف فتأخذ الزوجة ثمنها فرضاً ويأخذ ابن الابن باقيها تعصيباً ، وكذلك يكون الحال لو أن هذا الابن لم يمت ولكنه رد الوقف فى حياة أبيه فبرده خرج عن أن يكون موقوفا عليه وبموت أبيه ينتهى الوقف فى هذه الحصة لانقراض أهلها بسبب رد الابن ولكنه لم ينته فيما هو موقوف عليه بل فيما هو موقوف على غير ذى الاستحقاق الواجب وهو الواقف فيكون للزوجة ثمنها فرضاً وللابن الباقى تعصيباً وكذلك يكون الحكم لو أن الواقف مات فرد هذا الابن الوقف قبل القبول ، ولايقال إن وقف حصته قد انتهى حينما كان استحقاقها له لأن الاستحقاق يثبت للموقوف عليه متى حل وقته من غير توقف على القبول وإن كان يرتد بالرد ، لا يقال هذا لأنه برده بطل الوقف عليه وخرج منه وارتفع استحقاقه من الأصل فحصل الانتهاء وهو غير مستحق ولا موقوف عليه ، وكذلك يكون حكم نصيب الزوجة لو أنها ماتت قبل الواقف أو ردت الوقف قبل موته أو بعده ، ولو أن الابن والزوجة قتلا الواقف انتهى الوقف بموته وانقراض الموقوف عليهم بسبب حرمانهم من الوقف وخروجهم منه وعدم وجود مستحق بعدهم ، والوقف إذن يكون قد انتهى فيما ليس موقوفاً على ذوى الحصص إذ بحرمانهما صارا غير موقوف عليهما وترتب على ذلك انتهاء الوقف ، ولو أن هذا الواقف كان اشترط فى وقفه هذا حرمان الابن إذا تزوج بأجنبية غير مسلمة واستدام عشرتها ، وأقرت محكمة التصرفات هذا الشرط ، وبعد موت الواقف واستحقاق الابن حصته سنين أخل بهذا الشرط صار محروما ولا يستحق شيئاً فى الغلة ، ولكنا لا نحكم لمجرد هذا الحرمان بانتهاء الوقف لأن انقراض الموقوف عليه بسبب الحرمان ليس متيقناً لأن سببه مما يحتمل الزوال وقد نص فى المادة ٢٥ على أن

المحروم يعود إليه حقه متى زال سبب الحرمان وذلك يقتضى عدم انتهاء الوقف إذا كان المحروم آخر مستحق مادامت عودة الحق بزوال السبب محتملة ، فإذا مات هذا الابن قبل زوال السبب تأكد حرمانه وانتهاء الوقف من يوم حصوله ولا يكون انتهاء فيما هو موقوف عليه . ولو وقف على نفسه ثم على أولاده ثم على أولادهم ومات الواقف وله أولاد استحقوا الوقف بعده وكان لأحدهم ابن لا ذرية له سواه فمات قبل موت أبيه ثم مات أبوه ابن الواقف انتهى الوقف فى هذه الحصة لانقراض أهلها وانتهى فيما هو موقوف على ذى الحصة الواجبة وهو الإبن لا ابن الإبن الذى خرج من الوقف بموته قبل الانتهاء وتكون الحصة المنتهية ليس لها مستحق ولا ذرية مستحق ،ولو أن ابن الإبن رد الوقف انتهى الوقف فى حصة أبيه وملكها هو لا باعتبار أن الحصة المنتهية كانت موقوفة عليه وهو مستحقها بل باعتبار أنه ابن من كانت موقوفة عليه من الطبقة الأولى حين الانتهاء ،و كذلك يكون الحكم لو أن ابن الابن هذا حرم من الوقف قبل موت أبيه ، ولكن ملكه العين التى انتهى الوقف فيها بسبب أنه ابن الموقوف عليه من أهل الطبقة الأولى يبدو نابياً ومخالفاً للغرض الذى اقتضى حرمانه من غلة الموقوف ولكن هذا مايقتضيه تطبيق النص ، ولو أن ابن الابن استحق بعد موت أبيه ثم طرأ عليه سبب الحرمان وتأكد انتهى الوقف فى هذه الحصة ولم يكن انتهاؤه من هذه الحالة لكونه انتهاء فيما ليس موقوفا على ذى الاستحقاق الواجب .

و « ما هو موقوف على ذوى الحصص الواجبة » شامل لما إذا كان وقفاً كاملا أو بعض وقف ، كان ذلك وقفاً عليهم من البداية أو كان وقفاً عليهم بعد غيرهم ،وهو شامل أيضاً لما إذا كان الوقف قد حصل من الواقف اختياراً أو تنفيذاً منه للقانون فى وقفه المبتدأ أو فيما أجراه من التغيير ، وشامل لما إذا لم يكن ذلك قد حصل من الواقف ولكن ثبت لهم الاستحقاق فى الوقف بحكم القانون وحده . والحكم هنا ليس قاصراً على ما وقف عليهم بقدر استحقاقهم الواجب بل هو عام يتناول كل ما وقف عليهم سواء أكان القدر الواجب لكل منهم أو أكثر منه أو كان كل استحقاقهم للغلة اختيارياً . فالحكم لم يعلق بالحصص الواجبة بل علق

بكل ما وقف على ذوى الحصص الواجبة كان ذلك واجباً أو غير واجب وجعلت المقابلة بين الموقوف عليهم والموقوف على غيرهم لا بين الحصص الواجبة وغيرها ، فمن كان له ثلاث بنات ووقف جميع ما يملك على نفسه ثم من بعده يكون لبناته الثلاث سنين معلومة ينتهى الوقف بانتهائها فمات عن هؤلاء البنات وعن زوجة له وعن إخوة أشقاء لم يكن لاخوته شىء فى هذا الوقف وكان لزوجته سهمان من أربعة وعشرين سهماً ينقسم إليها صافى ريع الوقف المذكور وهو النصيب الواجب لها ويكون موقوفا عليها ما يساوى هذه السهام من الأعيان الموقوفة وتكون الاثنان وعشرون سهماً الباقية استحقاقا لبناته ، منها عشرة وثلثان نصيب واجب والسهام الباقية نصيب اختيارى ، فإذا انتهت السنين المعلومة وهؤلاء المستحقات موجودات ملكت كل منهن من الموقوف حصة بقدر استحقاقها فى الوقف فلكل بنت سبعة أسهم وثلث من الموقوف وهو القدر الذى كانت تستحق غلته وإن كان بعض هذا الاستحقاق واجباً و بعضه الآخر غير واجب لأنها ذات حصة واجبة وجميع هذا القدر يصدق عليه أنه كان موقوفاً عليها عند الانتهاء . ولقد أرضى هذا الحكم من يريدون أن يختصوا بأموالهم ورثتهم من الذرية و يمنعوها عن ورثتهم الآخرين أكثر مما أرضاهم جواز الوصية للوارث التى لا تنفذ فيما زاد على الثلث إلا بإجازة باقى الورثة ، كما كان فى نظرهم خيراً من نظام الوقف المؤبد الذى لا يمكن أن تكون معه ملكية تامة فى وقت ما ، أما هذه الأحكام فإنها تمكنهم من أن يملكوا هؤلاء الورثة أموال التركة تمليكا حراً بعد وفاتهم بمدة وجيزة ، كما خفتت بسببه معارضة بعض الطوائف المصرية لقانون الوصية ومطالبتهم بإجازة الوصية بكل المال لغير المسلمين .

وملك المستحقين من ذوى الأنصبة الواجبة لما انتهى فيه الوقف بعد موت الواقف لا يكون إلا حيث يكون انتهاء الوقف بانتهاء المدة ولا يمكن أن يكون إذا كان الانتهاء بانقراض الموقوف عليهم مهما كان سبب الانقراض وقد وضح ذلك تمام الوضوح مما أسلفنا ، والملكية قد علقت بالاستحقاق فيملك كل مستحق من الموقوف المقدار الذى كان مستحقاً لغلته حين الانتهاء قل أو كثر .

وذرية الطبقة الأولى من ذوى الحصص الواجبة يملكون بهذه الصفة ما انتهى الوقف فيه بعد موت الواقف إذا كان انتهاء الوقف بانقراض الموقوف عليهم وكان أهل هذه الطبقة هم الموقوف عليهم المستحقون لغلة ما انتهى فيه الوقف حين الانتهاء، سواء أكان الوقف على طبقة أم على طبقتين . فلو وقف على نفسه ثم على أولاده ثم مات وله ولد واحد ثم مات هذا الولد مستحقاً وانتهى الوقف وكانت له ذرية ملكت الموقوف بصفة كونها ذرية الطبقة الأولى ، ولو أن ولد الواقف هذا كانت له ذرية ولكنه مات قبل أبيه أو رد الوقف أو قتل أباه فحرم من الوقف وانتهى الوقف بموت الواقف لم يكن هذا الولد من الطبقة الأولى لأنه خرج من الوقف ولم يكن مستحقاً حين انتهائه فلا ملك لذريته فى الموقوف بصفة كونهم من ذرية الطبقة الأولى لأن الوقف انتهى فيما هو موقوف ومستحق للواقف لا لأصلهم وإن كانوا من ورثة الواقف ملكوا منها لهذا السبب بقدر ميراثهم ، ولو أن هذا الواقف مات عن أولاد استحقوا غلة الوقف اعتبرت حصة كل منهم كوقف مستقل وطبقت عليها أحكام تلك الصور ، وإذا مات واحد منهم وهو مستحق وله ذرية ملكت هذه الذرية ما كان موقوفاً عليه ولا يشاركهم فيه أحد من ذرية الباقين من أهل هذه الطبقة فإن الذرية إنما ذكرت على سبيل التوزيع أى أن ذرية كل مستحق من أهل هذه الطبقة تملك ما كان موقوفاً على أصلها ومستحقاً له ، ولو أن عبارة المادة كانت « فإن لم يكن صار ملكا لمستحقه أو لذريته حسب الأحوال » لكانت أخصر وأوضح فى الدلالة على المراد . ولو وقف على نفسه ثم على أولاده ثم على أولادهم فمات الواقف وله ولد وحيد فاستحق غلة الوقف ثم مات هذا الولد ولا ولد له لصلبه ولكن له ذرية من أولاد ماتوا قبله انتهى الوقف وملكت هذه الذرية الموقوف بصفة كونهم ذرية ولد الواقف ، وهو الطبقة الأولى ، لا بصفة كونهم ذرية من ماتوا قبل الاستحقاق لأنهم بذلك قد خرجوا من أن يكونوا موقوفاً عليهم حين الانتهاء فلم توجد طبقة ثانية موقوف عليها مستحقة حتى يكون ملك هذه الذرية للموقوف بصفة كونهم ذريتها ، ولو أن ولد الواقف مات مستحقاً

ولم يكن له إلا ولد واحد كان قد قتل الواقف لحرم ، أو رد الوقف ، انتهى الوقف بموت ولد الواقف ، وهو الطبقة الأولى ، إذ لم توجد طبقة ثانية مستحقة ، وملك ولده المحروم أو الراد للوقف ما كان موقوفاً بصـفة كونه ذرية الطبقة الأولى ، ولو أن هذا الواقف مات عن أولاد اعتبرت حصة كل منهم مستقلة وجرى عليها من الأحكام ماذكرنا ، ومن هذا عرفنا أن الوقف إذا كان على طبقتين قد يكون ملك ما انتهى فيه الوقف لذرية الطبقة الأولى .

وذرية الطبقة الثانية من ذوى الحصص الواجبة يملكون بهذه الصفة ما انتهى فيه الوقف بعد موت الواقف إذا كان انتهاء الوقف بموت أصلهم من أهل هذه الطبقة مستحقاً ، وتفصيل القول فى ذلك أصبح واضحاً مما قدمناه فى ذرية الطبقة الأولى .

لقد أطلقت المادة (١٧) كلمة « ذرية » ولم تحددها تحديداً يبين المراد منها ، كما أنها لم تبين على أى وضع و بأى مقدار يكون ملك كل واحد منها فهل يراد بها الذرية الوارثة ، أو الوارثة وغير الوارثة ، وإذا أريد المعنى الأول فهل لأصحاب الوصية الواجبة حق أولا ، وإذا أريد المعنى الثانى فهل يراد الطبقة الأولى من النسل وحدها أو يراد جميع الموجودين ، وهل يحجب الأصل فرعه أو لا يحجبه وهل يساوى الذكر الأنثى أو يفضلها ، لقد جاء هذا النص بوضعه الحالى غاية فى الإجمال ولا يعرف مدى المعنى الذى أراده منه واضعوه ولا يوجد فى تقريرهم مايعين على فهم المراد منه . إن أحكام هذه المادة قد عدلت بمجلس النواب وفصلت به أحكامها على الوجه الوارد بها ، ولكن أبقيت بها « ورثة الطبقة . . » كما كانت ، ولجنة العـدل بمجلس الشيوخ لم يثر فيها أى شىء يتعلق « بالورثة » أو « بالذرية » ومحاضرها لاتحتوى على شىء من ذلك ، وهى أيضاً لم تعـدل فى شىء من أحكام هذه المادة ولم تعدل إلا فى صياغتها وقد جاء فى تقريرها « ورأت اللجنة عند بحث المـادة ١٧ من المشروع أن تزيدها إيضاحا بتغيير فى صيغتها وإن لم تغير معناها ،

فأزالت اللبس الذى كان يمكن الوقوع فيه وأعطت لـكل حالة من الحالتين الواردة فى الفقرتين حكمها سواء صاحبتها الحالة الأخرى أم لا . . . » ولم يرد به إشارة

واضحة أو خفية إلى أن كلمة « ذرية » استبدلت بكلمة « ورثة » ولكن لا يمكن أن يحمل هذا على أنه خطأ مطبعي ، فإن جدول مقارنة النصوص الملحق بالتقرير قد أبرز التعديل فى هذه الكلمة ونبه إليه بوضع الخطوط التحتية على وجه لا لبس فيه ، فأين كان هذا التعديل ومتى كان ؟ ولأن هذا التعديل لم يكن موضع كلام أصلا لم يلتفت إليه أحد بمجلس الشيوخ ولا بمجلس النواب ، ولهذا ورد عن هذه المادة فى تقرير لجنة الشئون التشريعية عن التعديلات التى أدخلها مجلس الشيوخ « غير مجلس الشيوخ فى صيغة المادة ١٧ دون معناها . وهذا التعديل أريد به زيادة الإيضاح وإزالة ماعسى أن يحيط بالنص من لبس » كما أن جدول مقارنة النصوص الملحق بهذا التقرير لم يبرز فيه هذا التعديل ولم ينبه إليه بالخطوط كالمتبع ، إن هذا التعديل لم يتنبه إليه أحد ولا يمكن أن يقال أن أحداً أقره بحق ، وسنعرف أنه ليس له سند فقهي ، ولكن هل يضعف هذا من قيمته وقد أصبح نصاً قانونياً ؟ وهل فى وسع أحد أن يعتمد فى تطبيق هذه المادة على أن الملك للورثة لا للذرية ؟ ما أظن ذلك مستطاعا ، وأيا ما كانت الحال فهو نص لم يأت وقت تطبيقه حتى الآن ومن الممكن تلافى مافيه قبل الحاجة إليه .

جـ — ورثة الواقف : إذا انتهى الوقف المؤقت بعد موت الواقف يكون ملك ما انتهى فيه لورثة الواقف يوم وفاته فى الحالتين الآتيتين :

الأولى — أن يكون ما انتهى الوقف فيه موقوفاً على ذى الحصة الواجبة ولا يوجد عند انتهائه من كان يستحق غلته ولا أحد من ذرية هذا المستحق ، ويكون ذلك إذا انتهى الوقف بموت ذى الحصة الواجبة مستحقاً ولم تكن له ذرية أصلا أما إن كانت له ذرية فإنها تملكه وإن كانت فى الأصل موقوفاً عليها ثم خرجت من الوقف بسبب الرد أو الحرمان كما فصلنا ذلك من قبل . وإذا كان الوقف حصصاً نظر إلى كل حصة على حدة ، فلو وقف على نفسه ثم على أولاده بالتساوى ولم يشترط عودة حصة من مات عن غير ذرية إلى باقى الموقوف عليهم أو بعضهم ثم مات وكان له ابن و بنت من زوجة واحدة واستحقا غلة الوقف فمات

ابنه عن ذرية ذكور وأناث انتهى الوقف فى حصته وملكت ذريته وحدها ما كان موقوفاً عليه ،ولو ماتت بنته ولم يكن لها ذرية أصلا وكان لها مع أولاد أخيها الشقيق زوج وأخ لأم انتهى الوقف فيما هو موقوف عليها وعاد ملكه لورثة الواقف يوم وفاته وهم ابنه و بنته الموقوف عليهما اللذين لم يكن له وارث سواهما حين موته فيملك ابنه ثلثا هذه الحصة ميراثاً عن أبيه وتملك بنته ثلثها ميراثاً عنه و يكون ما ملكه كل منهما كبقية أملاكه الحرة ويكون جزءاً من تركته يجرى عليه حكمها فيخرج منها ما يخرج قبل الميراث من دين أو وصية واجبة واختيارية وما بقى منها يوزع على ورثته فإن لم يكن لابن الواقف ورثة سوى أولاده ورثوا ما أصابه من حصة أخته و إن كان له ورثة آخرون معهم شاركوهم فى إرثها وما ورثته بنت الواقف عن أبيها مما كان موقوفاً عليها يكون من تركتها أيضاً ويجرى عليه حكمها فيوزع جميعه أومايبقى منه بعد الدين والوصية على ورثتها فيستحق زوجها نصفه فرضاً وأخوها لأمها سدسه فرضاً والثلث الباقى منه يكون ميراثاً لعصبتها وهم أبناء أخيها الشقيق ولا شىء منه لبنات الأخ الشقيق لأنهن من ذوى الأرحام فهن محجوبات بذوى الفروض والعصبة . وملك ورثة الواقف يوم وفاته لما انتهى فيه الوقف فى هذه الصورة مبنى على أنه بانتهاء الوقف عاد الموقوف إلى ملك الواقف بعد خروجه عنه لزوال ما اقتضى هذا الخروج واعتبر مملوكا له يوم وفاته وتركة موروثة عنه يرثها عنه ورثته يوم وفاته و إن كانوا غير أحياء عند الانتهاء ومتى كانوا مالكين لها قبل موتهم كانت من تركتهم فالملك فى هذه الحالة لم يعد للورثة ابتداء و إنما عاد فى الحقيقة للواقف مورثهم ثم انتقل إليهم بالميراث كما انتقل عنهم لورثتهم ميراثاً ولذا جعل الملك لورثة الواقف بعنوان كونهم ورثة ، ولورثته يوم وفاته لا يوم الانتهاء ، وعلى هذا لو كان على الواقف دين عند الانتهاء قضى مما انتهى فيه الوقف قبل الميراث ، ولو كان قد أوصى بثلث ماله احتسب ما انتهى وقفه من تركته وأخذ الموصى له حصته منه ، ولو أنه وجبت فى ماله وصية واجبة أخرجت منه ومن باقى تركته قبل الميراث ، فلو أن عبارة المادة ١٧ كانت « فإن لم يكن أحد منهم كان

تركة للواقف » بالفقرة الأولى ، و « ملكا للواقف إن كان حياً وتركة له إن كان ميتاً » بالفقرة الثانية واكتفى بهذا عن كل ما جاء بها خاصاً بهذا الحكم لكان ذلك أخصر وأشمل وأوضح فى الدلالة على المراد .

الثانية — أن يكون ما انتهى فيه الوقف بعد موت الواقف غير موقوف ولا مستحق لذوى الحصص الواجبة عند الانتهاء ، فبانتهاء الوقف يكون ملكا لورثة الواقف يوم وفاته وإن كان ما انتهى وقفه لا يزال من كان يستحق غلته موجوداً حين الانتهاء أو كان غير موجود عنده ولكن له ذرية فإنه لا يملك هو أو ذريته شيئاً منه ويكون ملكه لورثة الواقف الذين كانوا ورثة له عند وفاته ، وطريق هذه الملكية هو اعتبار هذا القدر مملوكا للواقف حين موته كما قدمنا . ومن هذا النوع ما انتهى وقفه وكان موقوفاً على جهات الخير ، أو كان موقوفاً وقفاً أهليا على غير الوارثين أو الوارثين من غير ذريته وزوجه أو أزواجه ووالديه ، أو كان موقوفاً عليه نفسه وقفاً ينتهى بموته ، أو كان موقوفاً عليه ثم على طبقة أو طبقتين من أولاده ولم يوجد عند موته مستحق من الموقوف عليهم ، وجملة القول فى هذا أن كل ما لا يكون من متناول الأحكام الواردة تحت «ب» يكون مندرجا فى هذا النوع

د — الخزانة العامة : ويكون ما انتهى فيه الوقف للخزانة العامة « بيت مال المسلمين » إذا لم يكن له مالك عند الانتهاء ، فيكون لها إذا كان الواقف ميتاً ولم يكن مستحقه عند الانتهاء موجوداً لا هو ولا ذريته ولم يكن للواقف ورثة عند موته أو كانوا ولكنهم ماتوا ولم يكن أحد من ورثتهم وإن نزلوا موجوداً ، فيكون المال إذ ذاك مالا ضائعاً كاللقطة ويكون مقره بيت المال لا على أنه موروث ولكن على أنه حق للعامة فيكون مقره الخزانة العامة ، وهذا هو الحكم العام لكل مال يكون من هذا النوع .

٩٦ — وكون ملكية ما انتهى الوقف فيه تكون لورثة الواقف وقت موته أو الخزانة العامة محله إذا لم يكن للواقف شرط صحيح نافذ يقتضى تمليكه لغيرهم ، وهذا الشرط يكون فى الواقع وصية بتمليك ما كان ملكا له أو اعتبر

أنه عاد لملكه حين موته وليس شرطاً فى نفس الوقف فيكون خاضعاً لأحكام الوصية . ووجهة مشروع هذا القانون كانت تختلف عن وجهة القانون نفسه فى ذلك فالمشروع كان يعتبر الموقوف باقياً على ملك الواقف ما دام حياً ويرى عودته دائما إلى ملكه إذا انتهى بعد موته ولذلك ذهب إلى أن ملكه لورثته ثم لورثتهم فى جميع الأحوال ، وإلى أنه إن لم يكن منهم أحد كان للخزانة العامة ، أما القانون فإنه خالف المشروع فى حالة ما إذا انتهى الوقف بعد موت الواقف وكان مستحقه من ذوى الأنصبة الواجبة حين الانتهاء موجوداً أولم يكن موجوداً وكانت له ذرية حين الانتهاء فلم يقل بعودته إذ ذاك إلى ملك الواقف واعتبر ملكه باقياً لآخر مستحق واستبعد من الفقرة الأولى العبارة الخاصة بشرط الواقف فيكون ملكه الطليق له إذا انتهى وهو موجود ، وإن لم يكن موجوداً فى ذلك الحين ملكه عنه ذريته خاصة . فإذا شرط الواقف أنه إذا انتهى كان ملكه لغير ورثته وورثتهم فإن ذلك فى نظر المشروع يعتبر دائماً وصية تنفذ فى حدود ثلث ماله من غير توقف على إجازة ويتوقف نفاذه على الإجازة فيما زاد على الثلث إن كان له ورثة أو من تلقى الحق بالإرث عنهم وما جاء بالمذكرة التفسيرية كان على هذا الأساس لأنها كتبت تفسيراً للمشروع ، أما بناء على وجهة القانون فى الحالة التى يخالف فيها المشروع فإن هذا الشرط يكون وصية بما هومملوك لغير الموصى ولا تعود إليه ملكيته وتطبق عليه أحكام الوصية الخاصة بذلك . أما إذا اشتمل الوقف على شرط كهذا وانتهى الوقف والواقف حى فإن هذا الشرط يخضع لأحكام الهبة .

٩٧ — وأحكام المادتين ١٦ و ١٧ قد استثنيت فى المادة ٥٦ فلا تطبق على الأوقاف الصادرة قبل العمل بهذا القانون . وقد كان هذا الاستثناء مستقيما أول الأمر ، فالأوقاف الصحيحة الصادرة قبل القانون كلها مؤبدة ، وكانت أحكام التوقيت الواردة بالمادة الخامسة لا تطبق عليها فلم يكن من المحتمل أن يكون من بينها وقف مؤقت بعد القانون ووجب استثناؤها ، ولكن مجلس الشيوخ أضاف إلى المادة الخامسة فقرة رابعة تبيح للواقف تأقيت وقفه الصادر قبل

العمل بهذا القانون طبقاً لأحكام فقراتها الثلاث الأخرى متى كان له الرجوع وأكد ذلك فى المادة ٥٦ فقصر الاستثناء الوارد بها على الفقرات الثلاث فكان الواجب إذن ألا تكون أحكام هاتين المادتين من بين ما استثنى فى المادة ٥٦ إذ أصبح من الممكن بعد إضافة هذه الفقرة أن يكون من الأوقاف الصادرة قبله أوقاف مؤقتة تكون فى حاجة إلى تطبيق هذه الأحكام عند انتهائها ، وقد وقع ذلك فعلا بعد صدور القانون وكان فى طليعة المؤقتين حضرة الشيخ المحترم الذى أضيفت هذه الفقرة من لجنة العدل بناء على اقتراحه ، ولكن تشعب المناقشة فى هذا الموضوع باللجنة وشدتها وحدتها قد فوتت على المقترح وغيره التنبيه إلى ذلك وبقى الأمر على حاله حتى صدر القانون . ولكن ماذا يكون العمل إذا انتهت هذه الأوقاف قبل أن تعدل المادة ٥٦ بحذف استثناء هاتين المادتين منها ؟ أما انتهاء الوقف بانتهاء أمده فهو نتيجة حتمية لصحة التوقيت واعتباره ، ولكن على أى وضع يكون الانتهاء ، وهل ينتهى الوقف فى كل حصة بانقراض أهلها أو لا ينتهى إلا جملة ولمن يكون ملك ما ينتهى فيه الوقف كلا كان أو بعضا ، وهل يمكن أن يعمل فى هذا بإحدى الروايتين عن أبى يوسف ويكون ما انتهى فيه الوقف ملكا للواقف أو لورثته وإن لم تكن هذه الرواية راجحة فى المذهب باعتبار أن ليس فى المذهب قول غيرها يعطى أحكام الوقف إذا انتهى أم ماذا يكون الحال ؟ لا يزال هـذا الأمر وكل ما يتعلق به عندى محل نظر وتردد ولم أنته فيه بعد إلى رأى تطمئن إليه نفسى .

٩٨ — أقوال الفقهاء : ملكية الموقوف حال قيام الوقف لها شأن ليس بالهين فى هذا الموضوع وتعتبر كأساس له فى الجملة ، لذا رأيت أن أبدأ برواية أقوال الفقهاء فى هذه الملكية .

ذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن الوقف متى صح وتم لزم وخرج الموقوف عن ملك الواقف ولم يدخل فى ملك الموقوف عليه ولا فى ملك أحد من العباد ، وفقهاء الحنفية أحياناً يعبرون بأنه مع خروجه عن ملك الواقف يبقى على حكم ملكه

ملتمسين فى ذلك تصحيح التصدق بالغلة بعد زوال ملكه ، أما أبو حنيفة فيرى أن الوقف إذا كان غير لازم لم يخرج الموقوف عن ملك الواقف ، ولم أظفر بمن تكلم صراحة فى ملكية الوقف غير اللازم عنده إذا مات ولم يرده الورثة و بقى وقفه غير لازم بالنسبة له ، فهل يكون حال قيامه باقياً على ملك الواقف أو يكون ملك رقبته لورثته مع بقائه وقفاً منه ، الأقرب إلى القواعد هو الثانى ، وهو الذى يقتضيه إطلاقهم للقول بأنه يورث عنه ، و إذا كان الوقف لازماً عنده فإنه يخرج عن ملك الواقف لا إلى مالك فالمسجد متى تمت وقفيته خرج عن ملكه لا إلى مالك ، وكذلك يزول ملك الواقف عن الوقف بالقضاء ، ورد هذا فى القدورى وفى الهداية وفى الكنز وغيرها، وقد فسره صاحب البحر بأنه القضاء بلزوم الوقف وهذا هو المتبادر والموافق لما يفهم من كلامهم فى المسائل الأخرى ، وقال الكمال فى الفتح إنه القضاء بخروجه عن ملكه ، وهذا مخالف لما فى البحر فلو أن الواقف رجع فى وقفه وخوصم فى ذلك أمام قاض مالكى ، وهو يرى لزوم الوقف وعدم خروجه عن ملك الواقف مع اللزوم ، فقضى بلزومه لم يكن هذا هو القضاء الذى يخرج به الموقوف عن ملك الواقف عند أبى حنيفة على مقتضى عبارة الفتح ويكون كافياً للخروج عن ملكه على مقتضى كلام البحر ، وورد فى القدورى أن الوقف المضاف إلى الموت يخرج به الموقوف عن ملك الواقف عند أبى حنيفة ولكن صاحب الهداية قال إن الصحيح أن هذا الوقف عنده وصية مؤبدة فيبقى الموقوف على ملكه[1] .

والمشهور عند المالكية أن الوقف ليس من الإسقاط ، وأن الموقوف تبقى رقبته مملوكة للواقف و إن كانت الغلة حقا للمصرف ، ولهذا قالوا بأن زكاة الوقف واجبة لأن ملك الرقبة للواقف ، ومقابل المشهور أن الوقف إسقاط للملك فلا يكون ملك الموقوف لأحد ، ولكن المواق نقل عن ابن عرفة أن قول اللخمى إن الحبس يسقط ملك المحبس غلط . وظاهر إطلاق خليل وغيره أن الملك باق للواقف

---

(١) الفتح ج ٥ (٣٩ — ٤٥) والزيلعى ج ٣ (٣٢٥ — ٣٢٦) والبحر ج ٥ (٢٠٦ — ٢٠٨)

على المشهور حتى فى المسجد ، ولكن القرافى نقل الإجماع على أن المساجد ارتفع عنها الملك ، وهذا مخالف لما فى النوادر فقد نقل الحطاب عنها أن المساجد والأحباس لم يخرجها مالكها إلى ملك أحد وهى باقية على ملكه وأوجب تسبيل منافعها إلى من حبست عليه فلزمه ذلك وأصل الملك له فليس للورثة حل شىء مما أوجب فى المرافق و إن كان الملك باقيا عليه[1].

واتفق الشافعية على أن الوقف إذا ظهرت فيه معنى القربة كالمسجد والمقبرة والربط والمدارس كان أشبه شىء بالعتق وكان إسقاطا لا ملك فيه لأحد لا للواقف ولا لغيره ، وأما إذا لم يكن تحريرا وكان القصد منه تمليك الريع فالأظهر من مذهبهم أنه لا ملك للواقف فى الموقوف وتخرج رقبته عن ملكه إلى الله تعالى بمعنى أنه ينفك عن اختصاص الآدميين ويكون إسقاطا كالعتق ، وفى قول آخر أنه يبقى على ملك الواقف لأنه إنما أزال ملكه عن فوائده لا عن رقبته ، وقيل يكون ملكه للموقوف عليه كالصدقة يملكها المتصدق عليه[2].

وللحنابلة أقوال ثلاثة فى الوقف على المعين والجمع والمحصور أشهرها أن ملك الموقوف يكون للموقوف عليه والثانى أنه ملك لله تعالى والثالث أنه باق على ملك الواقف أما الوقف على المساجد والمدارس والربط والفقراء والغزاة وما أشبه ذلك فإن الموقوف يخرج به إلى ملك الله تعالى بلا خلاف كما قال الحارثى[3].

وقد اختلف فى ذلك فقهاء الأمامية فذهب بعضهم إلى أن الموقوف باق على ملك الواقف وذهب بعضهم إلى أنه ملك للموقوف عليه معينا كان أو جهة عامة ، وفصل بعضهم فقال إن كان الموقوف عليه معينا كان ملك رقبة الموقوف له وإن كان جهة كان ملكها لله أى أنها لا تكون مملوكة لأحد من العباد[4].

هذه هى أقوالهم فى ملك الموقوف حين قيام الوقف ، أما انتهاء الوقف المؤقت بانتهاء أجله ، سواء أكان مدة معينة أو مدة بقاء المصرف ، فهو نتيجة ضرورية

(١) الحطاب والمواق جـ ٦ ص ٤٥ ، ٤٦ والخرشى جـ ٥ ص ٩٨ والدسوقى جـ ٤ ص ٩٥
(٢) التحفة جـ ٢ ص ٣٣١ (٣) القواعد ص ٣٩٤ وكشاف القناع جـ ٢ ص ٤٤٨
(٤) جواهر الكلام جـ ٤ ص ٦٢٩

لقول من يقول بصحة الوقف وصحة التأقيت إذ ليس للقول بصحة التأقيت معنى سوى أنه تأقيت معتبر من الشارع جعل أمداً للوقف حتى إذا انتهى هذا الأمد لم يبق وقف ، كما أن من البدهى أنه لا فرق فى ذلك بين التأقيت بالمدة المعلومة والتأقيت بالأجل المجهول وهو نهاية المصرف ولا دخل لجهالة الأجل وتعيينه فى الانتهاء عند حلول الأجل ولا تأثير لهما فيه ما دام التأقيت بكل منهما وقع صحيحاً وكان الوقف على غاية قد تحققت . أما من يرى أن التأقيت مبطل للوقف ، ومن يرى أنه لا يبطله ولكن يلغو التأقيت فلا شأن لهما فى موضوع انتهاء الوقف لأن الأول لا يقول بوجود وقف أصلا والثانى لا يقول بأن هناك وقفاً مؤقتاً بل يراه مؤبداً وليس لصحة الوقف مع إلغاء الوقت معنًى إلا أن يكون الوقف مؤبداً .

وقد عرفنا من قبل أن أبا حنيفة ومحمداً والشافعية قد ذهبوا جميعاً إلى أن التأبيد شرط فى صحة الوقف وأن التأقيت مبطل له ، وهؤلاء لا كلام لهم قطعاً فى انتهاء الوقف المؤقت ولا فى ملكية الموقوف بعد الانتهاء .

أما أبو يوسف فعنه روايتان إحداهما أنه يشترط التأبيد ، والثانية أنه لا يشترط التأبيد لصحة الوقف وأن الواقف إذا أقت بذكر مصرف ينقطع صح الوقف ولزم ومتى انقطع المصرف الذى سماه انتهى الوقف ورجع الموقوف إلى ملكه أو إلى ورثته واستنبط الفقهاء من ذلك جواز التأقيت بالمدة المعينة وانتهاء الوقف بانتهائها وعودة الموقوف إليه أو إلى ورثته ومذهب أبي يوسف هو أن الوقف يزيل الملك لا إلى مالك ورواية هذا عنه لا اختلاف فيها، فيكون حاصل مذهبه على الرواية الثانية أن الموقوف حين قيام الوقف المؤقت ليس ملكا للواقف ولا لغيره من العباد و بانتهائه يعود إلى ملك الواقف تحقيقاً إن كان حياً وتقديراً إن كان ميتاً ثم يرثه عنه ورثته . والسبب الذى عاد به الملك إليه هو زوال السبب الذى اقتضى خروج الموقوف عن ملكه وهو عقد الوقف كما بسطنا ذلك من قبل بسطاً وافياً .

والمالكية لا يشترطون التأبيد لصحة الوقف ، و يقولون بصحة الوقف المؤقت سواء أكان تأقيته بالمدة المعينة أم بالغاية المجهولة كمدة بقاء الموقوف عليه أو إلى أن

يحتاج الواقف أو الموقوف عليه ، وقالوا إذا كان الوقف مؤقتاً رجع الموقوف بعد الانتهاء ملكا لمالكه أولوارثه ، والمشهور عندهم أن ملك رقبة الموقوف يكون للواقف وعبارة النوادر التى نقلناها من قبل واضحة فى أن الملك له فى حياته و بعد موته ، فيكون معنى عودة الموقوف إلى ملكه بعد انتهاء الوقف عودة الملكية الكاملة إذ الملكية حين الوقف ملكية ناقصة تمنع البيع والرهن والميراث ومتى كملت ملكيتها لها وهو ميت وزال المانع من إرثها ورثها عنه ورثته ، أما على غير المشهور فتكون العودة إلى ملكه عودة حقيقية بسبب انتهاء مزيل الملك ، ولا يعرف أن عندهم خلافاً فى الملكية بعد انتهاء الوقف.

وقد اختلف الحنابلة فى الوقف المؤقت وملكية الموقوف بعد الانتهاء خلافاً كبيراً لا غنى عن بسطه هنا . جاء فى المغنى أنه لو وقف على قوم يجوز انقراضهم بحكم العادة ولم يجعله لجهة غير منقطعة صح الوقف، ثم قال إنه عند انقراض الموقوف عليهم يصرف إلى أقارب الواقف ، وفى رواية أخرى يصرف إلى المساكين ، وفى ثالثة يجعل فى بيت مال المسلمين ، وأنه اختلف فيمن يستحق الوقف من أقرباء الواقف ففى إحدى الروايتين يرجع إلى الورثة منهم وقفاً لأن الوقف يقتضى التأبيد ، و يحتمل كلام الخرقى أن يصرف إليهم على سبيل الإرث و يبطل الوقف فيه ، فعلى هذا يكون كقول أبى يوسف، وفى الرواية الثانيـة يكون وقفاً على أقرب عصبة الواقف . ثم ذكر أنه لو قال وقفت هذا وسكت أو قال صدقة موقوفة فإنه لا نص فيه، وأن ابن حامد قال بصحة الوقف و إذا صح صرف إلى مصارف الوقف المنقطع. ثم قال إنه لو وقف على من يجوز الوقف عليه ثم على من لا يجوز الوقف عليه كعلى أولاده ثم على البيع صح الوقف و بعد انقراض من جاز الوقف عليه يرجع إلى من يصرف إليه الوقف المنقطع . ثم قال إنه لو وقف داره إلى سنة أو إلى أن يقدم الحاج لم يصح فى أحد الوجهين لأنه ينافى مقتضى الوقف وهو التأبيد وفى الآخر يصح لأنه منقطع الانتهاء فأشبه ما لو وقفه على منقطع الانتهاء فإن حكمنا بصحته ههنا فحكمه حكم منقطع الانتهاء[1].

---

(١) جـ ٦ (٢١٤ — ٢٢١)

هـذه هى الأحكام التى وردت بالمغنى وواضح منها أن التأقيت بالمدة المعينة وبالغاية المجهولة كقدوم الحاج والمصرف الذى ينقطع سواء فى الحكم ، وليس معناه أن المؤقت كالمنقطع فى اعتباره مؤبداً فحسب ، بل تجرى فيه جميع الأقوال التى قيلت فى المنقطع .

وفى الفروع — ولا يصح الوقف مؤقتاً وإن صح فبعده كمنقطع ، وقيل يلغو توقيته [(١)] .

فالأقوال على مافى الفروع ثلاثة ، عدم صحة الوقف ، وصحة الوقف مع عدم صحة التأقيت أى اعتبار الوقف مؤبداً ، وصحة الوقف وعند نهاية الأجل يكون حكمه حكم الوقف المنقطع ويجرى مافيه من خلاف ، ولكن المغفور له الأستاذ أحمد بك إبراهيم لم يرد أن يفهم هذا وحمله على قول واحد من الأقوال التى قيلت فى المنقطع وهو أن يبقى وقفاً مؤبداً وتجاهل وهو العارف أن فهم هذا القول على هذا الوجه يؤدى إلى أن يكون القولان الثانى والثالث قولا واحداً ، ولكنه كان مضطراً إلى هـذا الفهم كي يستطيع أن يقول « وبهذا يتبين لنا أن التوقيت إذا اعتبر وصفاً حقيقياً للوقف وأن الوقف ينتهى بعد انتهاء الأجل المضروب ويكون وقفاً صحيحاً فى تلك المدة ثم يعود ملكا إلى الواقف لو كان حياً أو لوارثه إن كان ميتاً هو قول لا يقول به الإمام أحمد ولا أحد من فقهاء مذهبه » [(٢)] . فها هو قد حمل اللفظ (كمنقطع ، حكم المنقطع) على بعض معناه ولم يبال بجعل القولين قولا واحداً ، واخترع نظرية تقسيم التوقيت إلى وصف حقيقى فى الوقف ووصف غير حقيقى ليفرق بين المؤقت بالمصرف والمؤقت بالمدة ليصل إلى هذه النتيجة الجريئـة التى تردها أقوال فقهاء الحنابلة .

قال شيخ الإسـلام ابن تيمية فى الاختيارات — ومأخذ الوقف المنقطع أن الوقف هل يصح تأقيته بغاية مجهولة (كقدوم الحاج وانقطاع المصرف) أو غير مجهولة (الغاية غير المجهولة لابد أن تكون المدة المعلومة) ، فعلى قول من قال لا يزال

(١) جـ ٢ ص ٨٦٧ (٢) كتابه فى الوقف سنة ١٩٤٤ (٢١٦ ، ٢١٧)

وقفاً لا يصح تأقيته (أى لا بمعلوم ولا بمجهول ويكون مؤبداً) وعلى قول من قال يعود ملكا (أى المؤقت بالغاية المجهولة والمؤقت بالغاية المعلومة) يصح توقيته ، فإن غلب جانب التحريم فالتحريم لا يتوقت ، لأنه ليس له شريك (هكذا بالأصل) وإن غلب جانب التمليك فتوقيت جميعه قريب من توقيته على بعض البطون كما لو قال هذا وقف على زيد سنة ثم على عمرو سنة ثم على بكر سنة . وضابط الأقوال فى الوقف المنقطع ، إما على جميع الورثة ، وإما على العصبة ، وإما على المصالح ، وإما على الفقراء والمساكين منهم ، وعلى الأقوال الأربعة فإما وقف وإما ملك ، فهذه ثمانية منها أربعة فى الأقارب ، وهل يختص بهم فقراؤهم؟ فيصير فيهم ثمانية ، والثالث عشر تفصيل ابن أبى موسى ؛ أنه إذا رجع إلى جميع الورثة يكون ملكا بينهم على فرائض الله بخلاف رجوعه إلى العصبة ، قال أبو العباس : وهذا أصح وأشبه بكلام أحمد [1] .

فهذا كلام ابن تيمية وهو صريح فى أن أساس الوقف المنقطع هو التأقيت وأنه لا فرق بين التأقيت بالمجهول والمعلوم بل كل من الوقفين مؤقت وليس التأقيت فى أحدهما وصفاً حقيقياً وفى الآخر وصفاً غير حقيقى كما ظن رحمه الله . بل هما سواء فى المعنى وفى الحكم ومن قال بالملكية فى المؤقت بالمجهول قال بها فى المؤقت بالمعلوم ، وبذلك ضاعت عليه مقدماته ودعاويه ونتائجه .

وقد ذكر ابن مفلح فى الفروع بعض الأقوال التى قيلت فى المنقطع ثم قال : ونقل حرب أنه قبل ورثته لورثة الموقوف عليه . وإذا كان فى صدر هذه الجملة شىء من الغموض فإن ما جاء بها من ملك ورثة الموقوف عليه لما انتهى فيه الوقف شىء معروف فى مذهب الحنابلة ومفصل بإيضاح ، وهاك بيانه :

بعد أن ذكر ابن رجب فى القواعد خلاف فقهائهم فى ملكية الموقوف على المعين والجمع المحصور حال قيام الوقف على الوجه الذى سبق أن رويناه ، قال ويتنزل على هذا الاختلاف مسائل — وذكر منها زكاة الوقف إذا كان ماشية ،

(١) ص ١٠١ ، ١٠٢ .

وأرش الجناية التى يجنيها الموقوف، وولاية تزويج الأمة الموقوفة، والنظر على الوقف إن لم يكن له ناظر بالشرط، واستحقاق الشفعة بشركة الوقف، وتملك زرع غاصب أرض الوقف، ونفقة الوقف، وتفضيل بعض الولد على بعض فى الوقف، والوقف على النفس، ثم قال : ومنها الوقف المنقطع هل يعود إلى ورثة الموقوف عليه أو إلى ورثة الواقف ؟ فيه روايتان، والمنصوص عن أحمد فى رواية حرب وغيره أنه يعود إلى ورثة الموقوف عليه، وظاهر كلامه أنه يعود إليهم إرثاً لا وقفاً، وبه جزم الخلال فى الجامع وابن أبى موسى، وهذا منزل على القول بأنه ملك للموقوف عليه كما صرح به أبو الخطاب وغيره، ويشهد له أن أحمد فى رواية حنبل شبه الوقف بالعمرى وبالرقبى وجعله لورثة الموقوف عليه كما ترجع العمرى والرقبى إلى ورثة المعطى، وجعل الخلال حكم الوقف المنقطع والرقبى واحداً . وأنكر الشيخ مجد الدين هذا البناء وادعى أنه إنما يرجع وقفاً على الورثة فلا يلزم ملك الموقوف عليه وهذا مخالف لنص أحمد لمن تأمله . نعم فرق أحمد فى رواية أبى طالب بين الوقف المنقطع وبين العمرى بأن العمرى ملك للمعمر والوقف ليس يملك به شيئاً إنما هو لمن أوقفه يضعه حيث يشاء مثل السكنى، فهذه الرواية تدل على أن الموقوف عليه لا يملك سوى الرقبة وأن الرقبة ملك الواقف[1] .

بعد هذا لا نتردد فى أن معنى عبارة الفروع صحيح وأكبر ظنى أن فيها تحريفاً مطبعياً وأن صوابها هو :

ونقل حرب أنه قيل ورثته أى ورثة الموقوف عليه، وعلى كل حال فقد ذهبت دعاوى الشيخ رحمه الله أدراج الرياح وذهبت محاضرته[2] وتشنيعاته هباء منثوراً

---

(١) ص ٣٩٤، ٣٩٥

(٢) ذهب الشيخ فى هذه المحاضرة إلى الفرق بين المؤقت والمنقطع، وادعى أن المؤقت بالمدة غير المعلومة لا ينتهى أبداً وتناسى ما فى ذلك من الأقوال مع أنه بعد أن خطأ المذكرة التفسيرية للمشروع فيما نسبته إلى مذهب أحمد ذكر ثلاث روايات فى المنقطع أشار فى إحداها إلى عودته للواقف ملكا احتمالا فى كلام الخرقى ونقل عبارة الفروع ثم هاجم الفروع وصاحب الفروع وعبارة الفروع وقال إنه لم يقم دليل على ما نقله صاحب الفروع عن حرب (كذا كذا!) =

وتبين أنه لافرق بين المؤقت بالمدة المعينة وبين المنقطع وأن الأقوال التى قيلت فى المنقطع تجرى كلها فى المؤقت عند من يرى المنقطع مؤقتاً لامؤبداً ، وأن من الحنابلة من قال بأن كلا من المنقطع والمؤقت إذا انتهى الوقف فيه يكون لورثة الواقف ملكا بناء على القول بأن الملك له ، ومنهم من قال بأن الملك يكون لورثة الموقوف عليه بناء على أن ملك الموقوف كان له حين قيام الوقف. وفى الكشاف أن محل الخلاف ما إذا لم يكن الواقف موجوداً وإلاّ عادله .

٩٩— والأحكام الواردة بهاتين المادتين كلها مخالفة لأرجح الأقوال من مذهب الحنفية الذى لايعرف عن جواز تأقيت الوقف وانتهائه وملك ما انتهى وقفه سوى أحدى الروايتين عن أبى يوسف ، وهى رواية لايمكن القول بأنها راجحة أو أرجح من سواها. وإن نقل فى بعض الكتب أن الناطفى قال إن عليها الفتوى. وأرانى لست فى حاجة إلى تخريج أحكام هاتين المادتين فقد مر ذلك فى ثنايا ما سبق جلياً واضحا.

ولجنة الأحوال الشخصية قد ذهبت إلى أن ما ينتهى وقفه المؤقت يكون ملكا للواقف إن كان حيا ، خيريا كان أو أهليا ، وإن كان ميتا حين الانتهاء يكون ملكه لورثته حين موته إذا كان خيريا أو كان أهليا ولم يكن لمستحقه

= وتساءل من أين جاءت الملكية لورثة المستحقين، وقال إن ملكية المستحقين ليست ملكية مطلقة فكيف ينتقل هـذا الملك الناقص الى وارثه ملكا تاماً ، ونسى أو تناسى أن سبب النقص زال بزوال سببه وهو الوقف .

ثم ناقش المعنى الذى حمل لجنة الأحوال الشخصية على القول بملكية ورثة الموقوف عليه لمـا انتهى وقفه، ثم أبدى ملاحظات ثلاث نحو قانون الوقف: (١) عدم سلامة البناء والتناسق والخلو من الروابط. (٢) والتساهل فى أخذ الأحكام من أى الكتب المصنفة فى الفقه (٣) والتلفيق بين المبادىء المتناقضة وهو عمل باطل بإجماع فقهاء هذه الأمة لأنه خارق للاجماع (كذا !!) هـذا هو مجمل ما احتوت عليه محاضرته التى جعلها خاتمة لكتابه في الوقف (أبريل سنة ١٩٤٤) وقال فيها إنه لولا أمور منها الحرص على سلامة التشريع وحفظ الكرامة لم يعد ماسبق أن قاله لأنه فى يأس من الاستماع لما يقول (كتاب الوقف ٢١٤ ـ ٢٣٨) . وإنى أنتهز هذة الفرصة لأزيل ما عساه يعلق بالأذهان مما كتبت عن هذا الموضوع فى المقدمة وأقرر أنه رحمه الله لم يخط حرفاً فى هذا الموضوع إلا عن عقيدة ولم يكن منساقاً لأى غرض آخر سوى نصرة مايراه حقاً، ولكن هذا لا يمنع من أن يهش لعمله ذوو الأغراض الأخرى وإن كانوا على غير رأيه فى هذه المسألة .

وارث حين الانتهاء قررت هذه الأحكام باتفاق . أما إذا كان الوقف المؤقت أهليا وكان لمستحقه وارث حين انتهائه ، فقد اختلف الرأى فى ذلك ، فذهب الأكثرون من أعضاء هذه اللجنة إلى أنه يكون ملكا لورثة المستحق ، كان ذا استحقاق واجب أو لم يكن ، أخذا بأحد الأقوال فى مذهب الحنابلة نظراً إلى أن غلته ومنفعته كانت لمورثهم وأنهم فى الأعم الأغلب يكونون فى عياله وينتفعون بهذه الغلة وصار لها كبير دخل فى حياتهم وترتيب أمور معاشهم فصرف ذلك عنهم بموت مورثهم يكون له أسوأ الأثر فى حين أن الواقف لم تظهر له إرادة معينة فى ملكية الموقوف بعد انتهاء الوقف فهم أقرب الناس إلى هذا الموقوف وأولاهم به ، هذا إلى أن القول بتملكهم له أكثر اتساقا مع القول بأن الموقوف يكون ملكا للموقوف عليه حال قيام الوقف ، الأمر الذى راعته هذه اللجنة فى كثير من أحكام هذا المشروع وخاصة قسمة الوقف بين مستحقيه قسمة أفراز ، كما أن القول بهذا تمليه المصلحة العامة فهو يحمل آخر المستحقين على العناية بالموقوف عنايته بملكه فلا إهمال ولا تخريب . وقال الأقلون أنه يكون كغيره ملكا لورثة الواقف يوم وفاته فالوقف مؤقت والواقف لم يجعل لورثة المستحقين أى علاقة بوقفه ولا يمكن أن يكون لأى إنسان حق فى مال الآخر ما لم تظهر إرادته فى ذلك واضحة جلية وكيف يمكن التعويل على أنهم رتبوا أمور معيشتهم على ذلك وهو ترتيب خاطىء على أن هذا لا يمكن أن يكون متى كانت ملكية ورثة الواقف حكما قانونيا معروفاً وأى فرق بين الوقف المؤقت وبين الوصية بالمنافع التى يعود الملك فيها دائماً إلى ورثة الموصى وإذا فرض حصول إهمال أو قصد إلى تخريب فالأحكام العامة كفيلة باتخاذ الإجراءات التى تدفع ذلك ، هذه هى حجة الأقلية ومنهم المرحوم الأستاذ أحمد ابراهيم بك الذى انفرد من بينهم بالقول بأن ملكية ورثة المستحق لما انتهى وقفه لا سند لها من الفقه الإسلامى ، وبعد الأخذ والرد فى هذا الموضوع وطول الجدل تقرر رأى الأكثرين ، ولكن الفقرة الأولى من المادة السابعة من المشروع التى كانت تقرر هذا الحكم ختمت بهذه العبارة « وكل ذلك إذا لم يشرط الواقف

أن يكون وقفا على جهة بر مؤبدة أو شرط أن يكون ملكا لورثته يوم وفاته » وقد أسلفنا أن ما جعل بعد للموقوف عليهم لجهة بر مؤبدة وقف مؤبد لا ينتهى بانقراضهم وليس من الوقف المؤقت فلا معنى لإدماج هذا الحكم الذى ليست له فائدة فوق ما فيه من الإبهام ، كما أن العمل بشرط الواقف عودته لورثته إذا كان للمستحق ورثة لا يتسق مع اعتبار الموقوف ملكا للموقوف عليه وهو الدعامة القوية لحجج الأكثرين .

وحينما بدأ وزير العدل فى دراسة المشروع تقدم إليه المغفور له الأستاذ أحمد ابراهيم بتقرير ٨ أغسطس سنة ١٩٤٢[1] فلهذا ولاختلاف وجهات النظر من الناحية الاجتماعية ولأن لحجة كل من الفريقين وزنها ، فضل أن يُحَكِّمَ فى ذلك اللجنة التشريعية التى اختارت رأى الأكثرين فقدم المشروع إلى مجلس الشيوخ مشتملا على ما رآه الأكثرون ، ولجنة العدل عدلت فى الصياغة وجعلت مادة المشروع مادتين إحداهما تقرر أحكام الانتهاء والأخرى تقرر أحكام الملكية بعد الانتهاء ، واختارت رأى الأقلين وعدلت الحكم ولكن تقريرها لم يشتمل على شىء يمكن أن يعتبر حجة لها[2] وأضافت إلى مادتها الثانية فقرة أخيرة نصها « وفى جميع ما ذكر فى هذه المادة والمادة السابقة يجب مراعاة الأحكام المقررة للوصية والوقف » وقد بررت هذه الزيادة بقولها فى التقرير « وقد أشير فى ختام هذه المادة إلى أنه فى كل هذه الحالات يجب عند تطبيق تلك الأحكام أن تراعى الأحكام المقررة للوقف والوصية حتى لا يعطى لأجنبى أكثر من الثلث ولا يحرم ذو حق من أصحاب الحقوق الواجبة فى الوقف مما لهم من حق فيه بمقتضى أحكام هذا القانون وقانون الوصية » ومن الواضح أن ماجاء بهذه الفقرة تَزَيُّد لاحاجة إليه . أما مجلس الشيوخ فقد خالف لجنة العدل فى حكم الملكية وأخذ برأى الأكثرين

---

(١) محاضرة الأستاذ محفوظة فقد أدرجت فى كتابه ، أما هذا التقرير فهو أشبه شىء بالنشرات ولا ينتظر حفظه ، وحرصاً منى على آثار الأستاذ الجليل رحمه الله كفقيه من فقهاء عصرنا رأيت أن أنقله حرفياً فى نهاية هذا الموضوع

(٢) ارجع إلى ما يجىء بالملحق من هذا التقرير

من لجنة الأحوال الشخصية وكان به ماسبق أن رويته[1] وأقر صياغة لجنة العدل والفقرة التى زادتها .

أما لجنة التنقيح فقد أبقت على صياغة لجنة العدل وأخذت برأيها فى الملكية ولكنها استبعدت من أولى هاتين المادتين عبارة «وكل ذلك إذا لم يشرط الواقف» ومن المادة الثانية فقرتها الأخيرة للمعانى التى سبق إيضاحها .

وقد أقرت الهيئة المكونة من لجنتى الشئون التشريعية والأوقاف بمجلس النواب ما اشتمل عليه المشروع وهو ما صنعته لجنة التنقيح ، وأثناء نظر المشروع بالمجلس تقدم أحد النواب المحترمين باقتراح يتضمن التفريق فى الملكية بين ما انتهى وقفه وكان موقوفاً على ذوى الحصص الواجبة وما انتهى وقفه وكان وقفاً على غيرهم ، وقال فى تبرير هذا الاقتراح بعد أن أشار إلى أحكام المادتين ١٧ و ٢٤ « فهذه المادة (أى المادة ٢٤) تريد أن تحمى طائفة معينة يراد أن يكون حقها وجوبياً فى حدود الثلثين ، فاذا بقيت المادة ١٧ على وضعها الحالى فقد يحدث أن ينتهى انتقال الملكية بعد انتهاء الوقف إلى غير من أرادهم الواقف ، ومن أراد أن تكون لهم هذه الأعيان ملكا أو وقفاً ، فمثلا إذا ترك شخص بنتين وقت وفاته وقد وقف عليهما كل ما يملكه ، وهذا حق له ، فللبنتين ثلثا التركة فرضاً وله أن يحابيهما بالثلث أيضاً ، فاذا كان له أبناء أخ أو أبناء أخوة عند ما ينتهى الوقف لا يكون الوقف باقيا على ذمة هاتين البنتين بل يدخل فيه هؤلاء الورثة الآخرون الأمر الذى لا يريده الواقف ، لذلك كان من الواجب أن يتم تعديل المادة إلى الحد الذى تظل فيه رغبة الواقف محترمة حتى لا يكون الوقف سببا فى عكس إرادته من حماية هؤلاء الورثة ، فبدلا من أن يريد هو استدامة الملكية لهم حرمهم النص الحالى وأدخل الورثة الآخرين ، فيجب أن تعدل المادة ١٧ على هذا الأساس حماية لهؤلاء الورثة بحيث يصبح ورثة المستحقين فى الوقف هم الذين ينتقل إليهم المال ملكا بعد انتهاء الوقف فى المدة المحدودة له — فاذا أردتم حماية لهذا المشروع

(١) ص ٢٩ ، ٣٠ .

الذى تقدمت به الوزارة فلكى يستقيم منطق المواد بعد تعديل المادة الخامسة (وجوب تأقيت الأهلى) أتقدم باقتراح لصياغة المادة ١٧ (١) » ونظراً لعدالة هذه الفكرة واستقامتها وافقت عليها الحكومة وأقرها المجلس .

ولجنة العدل بمجلس الشيوخ أقرت ذلك أيضاً ولم تمس المعنى وإن غيرت فى الصياغة كما قالت فى تقريرها ولكن تعديلها اشتمل على استبدال الذرية بالورثة كما بينت ذلك من قبل ، ومجلس الشيوخ أقر ماصنعت بعد أن أضاف إليه أن الملك يكون للمستحق إذا انتهى الوقف وهو موجود (٢) . وصدر القانون وهاتان المادتان على هذا الوضع .

١٠٠ — تقرير المغفور له الأستاذ أحمد ابراهيم بك — قال عليه رحمة الله :

حضرة صاحب المعالى وزير العدل السلام عليكم ورحمة الله وبركاته . وبعد ، فإن لى ملاحظة على بعض ما جاء فى المادة الخامسة من مشروع قانون الوقف . وقد أبديت هذه الملاحظة أثناء انعقاد اللجنة فى عدة جلسات . وقد صرح بموافقتى عليها صاحبا الفضيلة الأستاذان الشيخ عبدالمجيد سليم مفتى مصر والشيخ أحمد حسين مفتى الأوقاف العمومية وبعض الأعضاء فى آخر جلسة لانعقاد اللجنة (٣) ومع هذا أبقى النص على ما هو عليه . فأعلنت للجنة أنى محتفظ بحقى فى هذه الملاحظة وأن لى أن أبديها عند الاقتضاء أحقاقاً للحق لذلك رأيت من الواجب علىّ أن أعرض هذه الملاحظة على معاليكم قياماً بواجب الأمانة حتى يتدارك الأمر قبل صدور القانون رسمياً . وسأذكر أولا نص المادة الخامسة وكذا نص المادتين الثانية والرابعة من المشروع لأنه من مجموع هذه المواد يظهر وجه الملاحظة :

مادة ٢ — يجوز للواقف أن يرجع عن وقفه الأهلى ، ولا يصح الرجوع

(١) جلسة ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٦ وقد نقلت كلامه حرفياً لأنه كمذكرة تفسيرية لاقتراحه ، وهو صريح فى أن المراد بما وقف على ذلك الاستحقاق الواجب كل ما وقف عليه وآن لم يكن واجباً . (٢) جلسة ٢٣ ابريل سنة ١٩٤٦ (٣) من شاركوه فى الرأى لم يشاركوه إلا فى المعنى الباعث على الاختيار ، ولست أعرف حتى الآن أن أحداً شاركه فى فهمه لنصوص الحنابلة ولا فيما ادعاه من أنه لا يوجد سند شرعى لهذا الحكم .

إلا إذا كان صريحا ، و بإشهاد رسمى على الوجه المبين بالمادة الأولى . وأما الوقف الخيرى فلا يصح الرجوع عنه .

مادة ٤ — يجوز أن يكون الوقف الخيرى مؤقتاً أو مؤبداً ، وإذا أطلق كان مؤبداً .

أما الوقف الأهلى فلا يكون إلا مؤقتا ، ولا يجوز على أكثر من طبقتين ، ويعتبر الموقوف عليهم طبقة واحدة إذا كانوا معينين بالاسم موجودين عند الوقف — رتب الواقف بينهم أم لم يرتب — فإن كانوا غير معينين بالاسم يعتبر كل بطن طبقة . ولا يدخل الواقف فى حساب الطبقات .

مادة ٥ — ينتهى الوقف بانقراض الطبقة أو الطبقتين . وبانتهاء المدة المعينة فى الوقف الأهلى أو الخيرى المؤقت ، ويصبح الموقوف ملكا للواقف إن كان حياً فإن لم يكن صار ملكا لورثة الطبقة الأولى أو الثانية حسب الأحوال، فإن لم يكن منهم أحد صار ملكا لورثة الواقف يوم وفاته ، فإن لم يكن له ورثة أو كانوا وانقرضوا ولم يكن لهم ورثة كان لبيت المال . وكل ذلك إذا لم يشرط الواقف أن يكون وقفاً على جهة بر مؤبدة[1] . على أن من مات بعد وفاة الواقف من الطبقة التى ينتهى بها الوقف عن ورثة انتهى الوقف فى نصيبه ، وصار ملكا لورثته .

وأما ملاحظتى فهاهى ذى : جاء فى المادة الخامسة من المسائل التى يعنينا النظر فيها ما يأتى :

١ — إذا انتهى الوقف وكان الواقف حياً أصبح الموقوف ملكا له . وأقول إن الأمر فى هذه المسألة واضح وذلك لأنه بمقتضى المادة الثانية من المشروع يجوز للواقف أن يرجع عن وقفه الأهلى ، وجواز هذا الرجوع آية قيام ملكه للعين الموقوفة أخذاً برأى الإمام أبى حنيفة رحمه الله . على أن فى عبارة المادة تسامحا[2] وذلك لأن كلمة (ويصبح الموقوف ملكا للواقف إن كان حياً) توهم أنه بالرجوع

(١) سقط من نص المادة الواردة بهذا التقرير جملة (أو شرط أن يكون ملكا لورثته يوم وفاته)
(٢) لا تسامح ولا محل للقول به فالمراد الملك التام وقد كان ملكه قبل ذلك ناقصاً .

يتجدد للواقف ملك فى الموقوف لكن الواقع هو أن ملكه للعين الموقوفة لا يزال مستمراً لم ينقطع بالوقف ولذا جاز له الرجوع فى وقفه كما هو الشأن فى جميع التبرعات عند الإمام ، ومعنى الرجوع عن التبرع قطع استمراره فى المستقبل[1] .

ب — فإذا لم يكن الواقف حياً وقت انقراض الطبقة التى انتهى بها الوقف ، وليس لهذه الطبقة ورثة صار الموقوف ملكا لورثة الواقف يوم وفاته . وأقول إن الحكم — فى ذاته — فى هذه المسألة مسلم أيضاً كالحكم فى المسألة الأولى ، غير أن اشتراط ملك ورثة الواقف للأعيان الموقوفة التى انتهى فيها الوقف بألا يكون للطبقة التى انتهى بها الوقف ورثة اشتراط غير صحيح شرعا وقانونا[2] . وسأشرح ذلك فى المسألة الآتية :

جـ — قالت المادة الخامسة (فإن لم يكن) أى الواقف (حياً صار) أى الموقوف (ملكا لورثة الطبقة الأولى أو الثانية حسب الأحوال) أى على حسب أو بحسب الأحوال . وأقول : إن هذا هو موضع النقد والمؤاخذة . ولبيان ذلك أقول :

الطبقة التى ينتهى بها الوقف إما أن يكون كل أفرادها وارثين للواقف ، وإما أن يكون كل واحد منهم غير وارث ، وإما أن يكون بعضهم وارثا و بعضهم غير وارث ، وقد يكون الإرث مباشرة أو بالواسطة — ا — فإن كان جميع أفرادها وارثين للواقف مباشرة أو بالواسطة ففرع كل منهم يملك بعد موت أصله نصيب أصله من الميراث — لا على أنه فرع للطبقة التى انتهى بها الوقف ، بل لأنه وارث شرعى لتلك الأعيان التى كانت موقوفة بعد عودها ملكا .

ب — وإن كان بعضهم وارثا و بعضهم غير وارث ففرع من كان منهم وارثا حكمه هو ما تقدم وفرع غير الوارث منهم حكمه هو ما سيأتى عقب هذا .

---

(١) هذا غير مستقيم فى الرجوع عن التبرع بالأعيان كالرجوع فى الهبة بعد تمامها فإن الملك يثبت للموهوب له وبالرجوع يتجدد الملك للواهب قطعاً . وهو غير مستقيم أيضاً فى التبرع بالمنافع فلك الأعيان لم يتبرع به والمنافع التى حدثت قبل الرجوع قد تلاشت والمنافع بعد الرجوع لم تكن مملوكة لأحد حين الرجوع لأنها لم توجد فما كان أغناه عن هذا .

(٢) دعوى جريئة بينا بطلانها ووجود النص الفقهى الصريح على ملك ورثة المستحق لما انتهى وقفه بناء على أن الملك الناقص كان له .

ج — وإن كان جميع أفراد الطبقة التى انتهى بها الوقف غير وارثين فبأى سبب شرعى أو قانونى — على ماهو مقرر ومبين من أسباب الملك شرعا أوقانونا — يملك فروع هـذه الطبقة أعيان الوقف بعد أن عادت ملكا ولم يكن أصولهم مالكين شيئا منها ، ولا قام بأحدهم سبب من أسباب الملك يجعل له حقا — لا شرعا ولا قانونا — فى أن يملك ما أريد تمليكه إياه بمقتضى نص هذه المادة المبنى على غير أساس من الشرع والقانون جميعا (١) . قال قائل : أنه بعـد صدور قانون الوقف مقرراً لهذا الحكم يكون ملك فروع الطبقة التى انتهى بها الوقف حقا ثابتا لهم بحكم قانون الوقف ، و بأمر ولى الأمر (٢) . فقلت له : أن أساس كل قانون هو العدل ، وحماية الحقوق فلا يسلب حق ممن هو ثابت له بدون مبرر أو لمصلحة راجحة ومع ذلك يعوض بدل حقه الذى سلبه كما قضى بذلك أصول العدالة المقدسة فى جميع قوانين الأمم الراقية وفوق ذلك كله الشرع الإسلامى العادل الحكيم الرحيم ، العين الموقوفة — بمقتضى مشروع قانون الوقف — لا تزال ملكا للواقف حتما إلى آخر لحظة من حياته ، كما أسلفنا (٣) ، ومقرر شرعا وقانونا أن المالك يخلفه وارثه فيما كان مملوكا له من الأموال ولم يتخلل بين ملك المورث وخلافة الوارث فترة زمنية قط فموت المورث علة لانتقال الملك إلى الوارث ، وذلك الانتقال معلول لتلك العلة . و إذا كان الأمر كذلك — وهو فى غاية الوضوح — فكيف يوضع قانون يمنع ترتب المعلومات على عللها الشرعية ؟ فيعطى ما هو حق لزيد شرعا وقانونا لبكر . نعم إن لولى الأمر شرعا أن يأذن لمن شاء من الأموال المباحة التى لم تسبق إليها يد حائز بحق كما فى إحياء الموات بشروطه شرعا وقانونا أما المال الثابت ملكه لمعين شرعا وقانونا فلا .

(١) بنى هذا على ما فهمه من أنه لا قائل بأن الملك يكون لورثة المستحق وقد عرفت مافيه.

(٢) حقاً لقد قيل له هذا أثناء المناقشة الأخيرة وكان سبب الشدة والعنف ، وهوقول غير موفق ، وله رحمه الله كل الحق فى تزييفه .

(٣) هـذا مسلم ولكن بعد موت الواقف يلزم الوقف ويكون الموقوف مملوكا للموقوف عليه فلا يسلم له ما فرعه على ملكية الواقف من أن وارثه يخلفه فى الملك ، والقانون أخذ فى حال حياة الواقف بمذهب وبعد موته بمذهب آخر كما هو منهج اللجنة الذى أقره هو وسار عليه .

قال : أن اللجنة أخذت بالتلفيق فى جميع مشروعات القوانين التى وضعتها لكل من المواريث والوصية والوقف فتأخذ حكما من مذهب وحكما آخر من مذهب آخر ، وهكذا . وإذ كان الأمر كذلك فالحكم الذى تنتقده ملفق من مذهبين ، مذهب أبى حنيفة حال حياة الواقف ، فى عدم لزوم الوقف وجواز رجوع الواقف فيه وقصرت اللجنة ذلك على الوقف الأهلى فقط ، وأخذت بمذهب القائلين بلزوم الوقف بعد موت الواقف . فقلت له : إن التلفيق لايتأتى هنا وذلك لما بين ثبوت الملك لإنسان فى عين مالية وانتقال الملك إلى وارثه بعد موته بطريق الإرث من التلازم شرعا بالإجماع [1] ، إذ كلما ثبت الملك لزيد (مثلا) فى شىء ما ثبت هذا الملك لمن يخلفه فيه شرعا عند تحقق الشرط وانتفاء المانع ، وعلى هذا لو أخذنا برأى أبى حنيفة فى أن العين الموقوفة لاتزال على ملك الواقف إلى آخر لحظة من حياته لزمنا حتما أن نقول بخلافة وارثه له فى ملك تلك العين الموقوفة ، غاية الأمر أن الذى ينتقل ملكه إلى الوارث هو رقبة تلك العين وأما منافعها فإنها تكون ملكا للمستحقين فى الوقف . حتى ينتهى الوقف ملكا للورثة كما هو الشأن فى الوصية بالمنفعة سواء بسواء . على أنى أقول على سبيل المجاراة إذا سلمنا انتهاء ملك العين الموقوفة بموت الواقف فهل ينتهى الملك بالكلية أو ينتهى بالنسبة إلى الوارث ؟ أما انتهاء الملك بالكلية فنصوص المشروع تنادى بما يخالفه كما يؤخذ من نفس المادة الخامسة ، وأما انتهاؤه بالنسبة إلى الوارث فيرد عليه ما أسلفنا . ثم بأى حق يعود إلى الوارث فى بعض الحالات [2] كما هو صريح نص المشروع ، وبأى حق يثبت لورثة الطبقة التى انتهى بها الوقف إطلاقا [3] ؟ ولا شك أن المنطق السليم يأبى هذا [4] أما فى مثل الأخذ برأى أبى حنيفة فى بقاء العين

---

(١) لاتلازم ولا إجماع فالمالكية يقولون بملك الواقف لرقبة الموقوف ولايقولون بانتقال هذا الملك لورثته بعد موته . والحنابلة يقولون بانتقال ملك الموقوف من موقوف عليه إلى آخر لالورثته مادام الوقف قائماً . (٢) يعود الى وارث الواقف لعودة الملك إليه بسبب زوال ما اقتضى ملك الغير له كما قال أبو يوسف ومحمد فى الوقف المنتهى وكما قرر غيرهم وكما قيل فى الهبة .

(٣) يثبت لهم بسبب ملك مورثهم .

(٤) مسألة المنطق السليم مسألة أخرى سوى مسألة السند الفقهى .

الموقوفة فى ملك الواقف إذا كان الوقف أهليا و بقول غيره فى لزوم الوقف إذا كان خيريا فهذا تلفيق سائغ عند المحققين من الفقهاء وعلماء الأصول لأن فى المسألتين مجالاً للاجتهاد ويجوز أن تكونا معا قولا لإمام مجتهد [1] ولا تلازم بينها كالذى أسلفنا . وكذلك القول بجواز رجوع الواقف عن وقفه الأهلى حال حياته وعدم جواز رجوع وارثه بإبطاله الوقف بعد أن انتقل إليه ملك العين الموقوفة . والمعنى هنا قياس الوقف على الوصية بالمنفعة تماما . و بعد ، فكل ما قيل فى تبرير ما جاء فى المادة الخامسة من تمليك الأعيان الموقوفة لورثة الطبقة التى انتهى بها الوقف هو أن مشروع القانون أجاز قسمة الموقوف بين المستحقين (المادة ٢٥ وما بعدها) ليعتنى كل مستحق بحصته كما يعتنى بملك نفسه وذلك لعلمه أن تلك الحصة أصبحت بعد القسمة خالصة له لا ينازعه فيها أحد ، ولا يزاحمه أحد وأنها تكون بعد موته لورثته خاصة فلو علم أنها لا تكون لورثته لم تكن له تلك العناية بها . أقول إن هذا فى ذاته نظر حسن لكن أين الأساس الشرعى والقانونى الذى يبنى عليه تمليك أناس أعيانا مالية مملوكة لغيرهم شرعا وقانونا ، على ما بيناه آنفا ؟ ثم ما الجواب لو كان الواقف حيا وقت انقراض الطبقة التى ينتهى بها الوقف وقد أستبد كل منهم بحصته وله ورثة [2] وما الجواب لو أن الواقف جعل وقفه بعد انقراض الطبقة التى ينتهى بها الوقف على جهة بر مؤبدة ، وكان لهذه الطبقة ورثة ؟ [3] وما الجواب لو كان بدل الوقف وصية بالمنفعة ، والمعنى فى كل واحد ؟ [4] وما الجواب لو لم يقسم الوقف بين المستحقين بل بقى شائعا بينهم إلى أن انقرضوا جميعا ، وكان لهم ورثة [5] ؟ فمن الصواب أن يحذف هذا الحكم المنتقد من المشروع و ينص على أن الموقوف بعد انتهاء الوقف فيه يكون ملكا

---

(١) أوليست هذه مسألة إجتهادية أيضا ؟ وما الذى يقضى باستحالة أن يكون الأمران هنا معا قولا لإمام مجتهد ويمنع الجواز ؟

(٢) يكون الملك التام له (٣) هذا وقف مؤبد وأحكام المادة خاصة بالوقف المؤقت فلا شأن لها به (٤) هذه مناقشة فى المعنى لا فى السند الفقهى (٥) لا دخل للقسمة وعدمها فى أمر الملك حين الانتهاء .

للواقف لو كان حيا ولورثته مباشرة أو بالواسطة لو كان ميتا قبل انتهاء الوقف ، فإن لم يكن له ورثة فى ذلك الوقت كان الموقوف ملكا للخزانة العامة أى للدولة كما هو الشأن فى الأموال المتروكة التى ليس لها مستحق بالإرث أو الوصية . فهذا هو الأساس المتين السليم الذى يجب بناء الحكم عليه ، والأصول الشرعية والقانونية تؤيده بالإجماع .

ومما يتصل بما أسلفنا ما جاء فى المادة السادسة[1] من المشروع ، وهذا هو نصها :

مادة ٦ — ينتهى الوقف إذا تخربت أعيانه كلها أو بعضها ولم تمكن عمارته أو استبداله (الصواب الاستبدال به) على وجه يكفل للمستحقين نصيباً من الغلة غير ضئيل ولا يضرهم بسبب حرمانهم من الغلة وقتاً طويلا كما ينتهى الوقف فى نصيب أى مستحق أصبح ما يأخذه من الغلة ضئيلا . وبانتهاء الوقف كله أو بعضه يصبح ما انتهى فيه الوقف ملكا لمستحقه ويكون انتهاء الوقف بقرار تصدره المحكمة بناء على طلب ذوى الشأن فى ذلك — أقول : إن جعل ما انتهى فيه الوقف بأحد السببين المبينين فى المادة ملكا لمستحقه إنما يصح فى الأوقاف اللازمة التى لا يثبت الملك فيها لأحد بعد موت الواقف وهى الأوقاف المؤبدة[2] أما الأوقاف الأهلية التى تنشأ بعد صدور قانون الوقف وكذا الأوقاف التى تجرى عليها أحكامه على ما هو مبين فى مواد المشروع فلا ، وذلك للأسباب التى ذكرتها فيما تقدم .

وتقبل فى الختام يامعالى الوزير الجليل والأستاذ الكبير فائق احترام المخلص

تحريراً فى ٢٥ رجب سنة ١٣٦١
٨ أغسطس سنة ١٩٤٢

أحمد ابراهيم
عضو لجنة الأحوال الشخصية

---

(١) لم يكن رحمه الله يخالف فى شىء من أحكام هذه المادة ولا فى أسانيدها الفقهية ولكن الجدل جره إلى ذلك أخيراً

(٢) لا أدرى بأى سبب يجعل الملك للمستحق على طريقته ما دام الملك ليس لأحد .

ب — انتهاء الوقف مؤبداً كان أو مؤقتاً بسبب التخرب والضآلة

مادة ١٨ — إذا تخربت أعيان الوقف كلها أو بعضها ولم تمكن عمارة المتخرب أو الاستبدال به على وجه يكفل للمستحقين نصيباً فى الغلة غير ضئيل ولا يضرهم بسبب حرمانهم من الغلة وقتاً طويلا انتهى الوقف فيه، كما ينتهى الوقف فى نصيب أى مستحق يصبح ما يأخذه من الغلة ضئيلا.

ويكون الانتهاء بقرار من المحكمة بناء على طلب ذى الشأن.

ويصير ما انتهى فيه الوقف ملكا للواقف إن كان حياً، وإلا فلمستحقه وقت الحكم بانتهائه.

١٠١ — تقرر هذه المادة أحكام انتهاء الوقف لما يشبه أن يكون فواتاً للموقوف أو بقاء الوقف فى الحالتين الواردتين بهذه المادة لا نفع فيه للمستحقين أو ليس فيه نفع يذكر وكثيراً ما يكون مسلك النظار وما تكون عليه غلة الوقف ونفقاته فى هذه الأحوال، سبباً للاختلاف والتخاصم وشغل أهل الوقف والمحاكم وضياع أوقاتهم وتحمل النفقات بسبب هذه الأوقاف التى تعتبر فى حكم المعدوم، هذا إلى ما ينشأ عن بقاء هذه الأوقاف من الأثر السيء فى الحالة العمرانية والاقتصادية بسبب تعطيل الأعيان الموقوفة وانتشار الخرائب، فانتهاء الوقف فى الحالتين الواردتين بهذه المادة كما روعيت فيه مصلحة المستحقين روعيت فيه المصلحة العامة وهذا هو ما أملى على المشرع ألا يراعى حقوق من يأتى بعد المستحقين من أهل الوقف وإن كان مسجداً أو جهة خيرية أخرى أو موقوفا عليه موجوداً بالفعل يمكن أن يؤول إليه الاستحقاق فى وقت قريب، كما أملى عليه ألا ينظر إلا إلى حالة الوقف حين قيام السبب فى الانتهاء وإن كان هذا السبب يحتمل زواله فيما بعد كما فى حالة الضآلة لكثرة المستحقين أو لانخفاض الأجر وأسعار الحاصلات.

وأطلقت كلمة « الوقف » فى المادة لتشمل الوقف المؤبد والوقف المؤقت ، ولتشمل ما وقف على الخيرات من البداية للنهاية وما وقف على غيرها كذلك ، وما كان استحقاقه أول الأمر للخيرات ثم لغيرها وما كان الأمر فيه على العكس ، وما كان استحقاقه للخيرات وغيرها معاً . وهو شامل أيضاً لما وقف على ذوى الاستحقاق الواجب وما وقف على غيرهم وللوقف الذى يجوز الرجوع عنه والوقف الذى لا يجوز الرجوع عنه ، فكل أنواع الوقف تشملها هذه الكلمة وتجرى عليها أحكام هذه المادة . غير أن هذه الأحكام لا ينتظر أن يكون لها قيمة عملية إلا فى الأوقاف المؤبدة التى كانت حالة الكثير منها سبباً فى وضع هذه الأحكام .

والفقرة الأولى من هذه المادة قد رتبت انتهاء الوقف على وجود سببه ، وكان مقتضى هذا أن يكون الانتهاء حكما قانونياً لوجود السبب من وقت وجوده من غير توقف على شىء آخر ، كما هو الحال فى انتهاء الوقف المؤقت بانتهاء المدة المعينة أو بانقراض الموقوف عليهم ، ولكن الشارع لا يريد هذا ، ولذلك نص فى الفقرة الثانية على أن الانتهاء يكون بقرار من المحكمة ، أى أنه لا يوجد ولا يتحقق ولا يترتب عليه حكم إلّا إذا صدر به قرار من المحكمة ، فما لم يصدر هذا القرار تكون العين موقوفة كما كانت وإن كان سبب الانتهاء قائماً . ومتى صدر هذا القرار كان الانتهاء وما يترتب عليه من وقت صدور هذا القرار لا من وقت سابق عليه وإن كان الوقت الذى وجد فيه سبب الانتهاء ، وقد أكد هذا المعنى فى المذكرة التفسيرية فقد ورد بها « ولما كانت ضآلة الاستحقاق تختلف باختلاف الأشخاص والبيئات والأصقاع ، والأنظار تختلف فيها وفى غيرها مما جعل سبباً لانتهاء الوقف فى هاتين الحالتين ، ترك القانون تقدير ذلك كله للمحكمة وأوجب أن يكون انتهاء الوقف بقرار يصدر من محكمة التصرف فى الأوقاف بناء على طلب ذوى الشأن . ومتى أصدرت المحكمة قرارها بالانتهاء صارت العين التى انتهى الوقف فيها ملكا للواقف إن كان حياً ، فإن لم يكن حياً إذ ذاك (أى حين تقرير الانتهاء) صارت ملكا لمستحق غلتها حين الحكم بالانتهاء فليس لذى الشأن

أن يطلب تقرير الانتهاء من وقت وجود سببه وليس للمحكمة أن تسند قرارها إلى ذلك الوقت ، ولو أن هذا الإسناد كان جائزاً لكانت له قيمة عملية لها مكانتها فقد يكون الواقف حياً حين وجود سبب الانتهاء ثم يموت قبل صدور القرار به وقد يزيد عدد المستحقين أو ينقص فى المدة ما بين وجود سببه وصدور القرار به من المحكمة ، ويترتب على عدم جواز الإسناد رفض الطلب إذا طرأ على الطالب أثناء نظره ما كان سبباً فى حرمانه من الاستحقاق لكونه أصبح بذلك لا شأن له فى هذا الطلب كما يترتب عليه سقوط هذا الطلب بوفاة الطالب أثناء نظره وليس لورثته أن يحلوا فيه محله ، ويستوى فى ذلك من ثبت له استحقاق بموت الطالب ومن لم يثبت له ، فالوارث الذى لا استحقاق له ليس له شأن فى ذلك ، والوارث الذى ثبت له الاستحقاق له شأن حقيقة ولكن لا بصفة كونه وارثا للطالب وخليفة له ولكن بسبب صفة جديدة ثبتت له جاءته من الواقف لا من الطالب .

وقد رتب الانتهاء على وجود سببه لإفادة أنه حكم حتمى ، فعلى المحكمة أن تقرر هذا الانتهاء متى طلب منها وثبت لديها وجود سببه ، وليس لها أن تبحث عما إذا كان فى ذلك مصلحة أو لا ، فيه ضرر على بقية المستحقين أو بقية أهل الوقف أو لا ، فالأمر لم يترك لتقدير المحكمة من هذه الناحية ولم يجعل لها فيه خيار بل أنيط الانتهاء بوجود سببه .

والمحكمة التى تختص بالنظر فى طلبات الانتهاء هى محكمة التصرف فى الأوقاف فليس لغير هذه من الهيئات والمحاكم الأخرى اختصاص فى ذلك ، يدل على هذا تعبير متن القانون بكلمة « قرار » وما ورد صريحاً واضحاً فى المذكرة التفسيرية ، فالقانون لم يحفل بما عساه أن يكون حين نظر هذا الموضوع من الخلاف والنزاع وغلب الناحية الولائية على غيرها . ولكن اختصاص محكمة التصرف لا يتجاوز النظر فى الانتهاء وتحقيق أسبابه والفصل فيما يكون من نزاع حول وجود سبب الانتهاء أو عدم وجوده ، فإذا حصل نزاع فى كون طالب الانتهاء مستحقاً أو غير مستحق أو فى قدر استحقاقه فليس لها أن تفصل فيه متى تبينت أنه نزاع جدى ،

وعليها أن تنتظر الفصل فى ذلك من المحكمة المختصة، وهى المحكمة القضائية . والمرجع فى معرفة أى محاكم التصرف تكون المختصة بالنظر فى الطلب وما يستأنف وما لا يستأنف هو نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها ، وقد رغب أحد حضرات الشيوخ فى أن تكون محكمة التصرف المختصة هى المحكمة التى يكون بدائرتها أعيان الوقف كلها أو أكثرها قيمة ، وألا يكون فى ذلك الخيار الوارد بالمادة ٢٧ من لائحة المحاكم الشرعية وأن يكون الاختصاص فى الانتهاء كالاختصاص المبين بالمادة الأولى . ولكن المجلس لم يأخذ بذلك مع ما فيه من تناسق الأحكام وبخاصة إذا كان الموقوف عقاراً .

وليس للمحكمة أن تنظر فى الانتهاء ولا أن تقرره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب قدم إليها من غير ذى شأن ، فهذا القانون ، وإن رجح فى جانب الانتهاء الناحية الولائية وراعى فى أسبابه المصلحة العامة والخاصة معاً ، لم ينظر فى إجراءاته إلا إلى المصلحة الخاصة وحدها وأوجب أن يكون الانتهاء بناء على طلب ذى الشأن فيه ، ولم يبين متن القانون من هو ذو الشأن فى الانتهاء كما أن المذكرة التفسيرية لم تعن ببيانه لوضوح معناه ، فليس لأحد شأن فى الانتهاء إلا من تكون له الملكية إذا تقرر هذا الانتهاء أو من ينوب عنه أو يمثله ، فالواقف أو وليه فى المال ذو شأن فى هذا الطلب ؛ لأن ملك ما ينتهى فيه الوقف يكون له ، وما دام حياً فليس لغيره شأن فى ذلك ، وإن كان الاستحقاق لهذا الغير ، لأن الملك لا يكون له بالانتهاء ، والمستحق للنصيب الضئيل يكون بعد موت الواقف هو أو وليه فى المال صاحب الشأن فى ذلك دون سواه ، فإذا تعدد أصحاب الأنصبة الضئيلة كان لكل منهم أن يطلب تقرير الانتهاء فى نصيبه هو وليس له شأن فى أنصبة غيره ، والجهة الخيرية إذا كان نصيبها ضئيلاً كان الحق فى طلب الانتهاء لمن يمثلها قانوناً أو من يلى أمرها كناظر المسجد ومدير الملجأ والمدرسة والمستشفى . وإذا كانت جهة عامة ليس لها ممثل ولا ولى خاص كالفقراء كانت ولايتها للإمام أو من ينيبه عنه فى ذلك ، ويجب أن يراعى أن وزارة الأوقاف لاشأن لها هنا فيما هو

مستحق للجهات الخيرية إذا لم تكن لها ولاية على الجهة الموقوف عليها ، وحق الاستئناف الذى أعطى لها فى المادة ٣٢٧ من لائحة المحاكم الشرعية حق خاص لايتناول الحقوق الأخرى ، وكل مستحق فى غلة عين تخربت يكون له الحق فى طلب إنهاء وقفها ، وإن كان معه مستحقون آخرون ، لأن انتهاء الوقف فى هذه العين لايتجزأ ، وقد جعل الخراب سبباً فى انتهاء الوقف فى كل المتخرب فكان لكل مستحق الحق فى هذا الطلب ، فإذا طلب ذلك جميع المستحقين أو طلبه بعضهم ووافق الباقون فالأمر واضح ، وإن طلبه بعضهم ومانع فى ذلك الباقون وأبدوا لذلك أسباباً جدية ، كاثبات أنه من الممكن عمارة المتخرب أو الاستبدال به مع توافر الشروط ، رفضت المحكمة الطلب لا لأن الطالب ليس ذا شأن فيما طلب بل لظهور أنه لا يوجد سبب للانتهاء ، وإذا مانعوا فى ذلك مع ثبوت أن السبب متحقق كانوا متعنتين فى معارضتهم فلا يلتفت إليها وتقرر المحكمة انتهاء الوقف فى جميع المتخرب لا فى نصيب الطالب خاصة ، وناظر الوقف لا شأن له فى طلب انتهائه لمجرد كونه ناظراً ، فإذ لم يكن مستحقاً فيه لا يكون له شأن وإذا كان مستحقاً كان له من الشأن بقدر ما تعطيه صفة الاستحقاق وحدها .

وما جعله القانون سبباً لانتهاء الوقف هنا أمران : تخرب أعيان الوقف كلها أو بعضها مع توافر الشروط وضآلة النصيب ، وهذان السببان قد يجتمعان فى وقت واحد كما سيتضح مما يأتى :

١٠٢ — انتهاء الوقف بسبب التخرب — قررت هذه المادة انتهاء الوقف فيما يتخرب من الأعيان الموقوفة فى الأحوال الآتية . ومعنى التخرب معروف من الاستعمال العرفى ومما قرره الفقهاء وهما لا يكادان يختلفان فى ذلك ، والمأخوذ من أقوال الفقهاء فى الاستبدال وفى انتهاء الوقف هو أن خراب العين الموقوفة يكون بخروجها عن الانتفاع المقصود للواقف بالكلية ، ويتحقق هذا الخروج إذا صارت العين بحيث لا ينتفع بها أصلا أو كان لها شىء لا يذكر من النفع ولا يسمى

فى العرف نفعاً . فأرض الزراعة إذا صارت مواتاً لا تنبت شيئا أو كانت تنبت بعض النبات المتناثر هنا وهناك مما لا يسمى فى العرف غلة وإنباتا تكون قد خرجت عن الانتفاع بالكلية ، أما إذا ضعفت تربتها وقلت غلتها فلا يقال إنها تخربت ولا خرجت عن الانتفاع بالكلية ، والأشجار المثمرة إذا جفت ويبست أو شاخت أو أصابتها آفة وانقطع إثمارها أو كان لها ثمر لا يكاد يذكر ولا يسمى إتيانها بذلك فى العرف أثماراً تكون إذ ذاك قد خربت وخرجت عن الانتفاع بالكلية ، أما إذا كانت مثمرة على وجه يسمى فى العرف إثماراً فلا يقال إنها خرجت عن الانتفاع مهما ضعف إثمارها وقلت ثمرتها . والبناء إذا تهدم وصار أكواما أو لم يسقط ولكنه تصدع وشارف الأنهيار حتى لا يمكن استعماله يكون متخربا وخارجا عن الانتفاع ، أما إذا شاخ وهرم وذهب رواؤه أو تصدع وكان هرمه أو تصدعه لا يمنع من استعماله لا يسمى متخربا ولا خارجا عن الانتفاع . والدار الموقوفة للسكنى إذا صار بناؤها أنقاضا يكون من المتخرب أرضاً وبناء ، وتكون خارجة عن الانتفاع المقصود بالكلية وإن أمكن تأجير أرضها والانتفاع بها لأن هذا الانتفاع ليس الانتفاع الذى يقصده الواقف منها ، والدار الموقوفة للاستغلال إذا انهدم بناؤها يقال أن هذا البناء قد تخرب أما أرضها فتخرج أيضا عن الانتفاع إن لم يمكن تأجيرها ولا استغلالها أما إذا كانت تؤجر ولو بشىء قليل فإنها لا تكون خارجة عن الانتفاع ، ولكن الأجرة القليلة لا تسمى نفعا إلا إذا كانت تعتبر فى العرف نفعا لمثل هذه الأرض ، فتأجير الخرائب الموقوفة لمن ينصب بها الأراجيح ونحوها فى الأعياد ، أو لبعض فرق الألعاب والتمثيل المتجولة فى بعض الأحيان ، لا يسمى فى العرف نفعا لمثلها ولا تخرج به الأرض أن تكون غير منتفع بها ، وإذا كانت الدار ذات طبقات وأجنحة فتهدمت وبقي بها بعض حجرات يسكنها أناس من البائسين بأجر زهيد لا تخرج بذلك عن أن تكون متخربة ، وما يأتى من مثل هذه الأجرة لا يسمى نفعا وليس هو الانتفاع الذى يقصده الواقف . والمسجد إذا تهدم بناؤه فقد خرج هذا البناء عن الانتفاع ، أما عرصته فلا تخرج

عن الانتفاع بذلك لإمكان الصلاة فيها . ومما يتناوله حكم المتخرب ما خرج عن الانتفاع وكان عامراً أو كان به خلل لم تجر العادة بتسميته تخربا ، فالمسجد يكون فى قرية فتتخرب وينتقل عنها أهلها ويبقى بناء المسجد عامراً ولكن أحداً لايذهب إليه ولا يقصده للصلاة ويبقى معطلا يكون كالمتخرب لخروجه عن الانتفاع . والدار تكون فى عزبة تتهدم ويستغنى عنها وتبقى الدار قائمة وسط الحقول بعيدة عن أماكن السكنى لا يرغب أحد فى سكناها ولا ينتفع بها تكون كالمتخرب لخروجها عن الانتفاع . والدابة تهزل وتضعف ولا تقوى على العمل ولا يرتجى منها لبن ولا ولد لها حكم المتخرب وإن لم يجر العرف بتسمية ما هى عليه تخربا ، والحكم الوارد بهذه المادة يثبت لكل ما ذكر وإن لم يطلق عليه هذا الوصف بدلالة النص فإن مناط هذا الحكم هو الخروج عن الانتفاع ، ولو أن المادة عبر فيها بالخروج عن الانتفاع بدل التخرب لكان أوضح وأدل .

وما تخرب أو خرج عن الانتفاع المقصود للواقف بالكلية لا ينتهى وقفه إلا فى الأحوال الآتية :

أولا — أن يتخرب جميع ما ورد عليه الوقف ، عيناً واحدة كان أم أعياناً متعددة ، ولا تكون للوقف غلة قائمة يمكن أن يعمر بها ، وتعذرت عمارته أيضاً من طريق الاستدانة ، ومنها إعطاؤه لمن يقوم بعمارته على أن يأخذ ما أنفقه من ريعه منجماً ، أو من طريق تأجيره مدة طويلة تكفى أجرتها لعمارته ، أو ببيع بعضه لعمارة ما يبقى منه ، أو بأية وسيلة أخرى جائزة شرعاً ، ومع تعذر العمارة كان غير مرغوب فيه ولا يقدم أحد على استبداله بالنقد أو بعين عامرة . ومن البين أن مثل هذه الحالة نادر الوجود جداً ، وقد يبدو لأول وهلة أن انتهاء الوقف وعدمه سيان بالنظر لمن تكون له ملكية الموقوف بعد الانتهاء فماذا عساه أن يكون له من وراء ملك ما لا ينتفع به ولا يرغب أحد فيه ، ولكنه لا يخلو فى الواقع من فائدة ، فقد يكون فى مقدوره أن يعمره بماله الخاص فيستغله بعد عمارته أو يبيعه .

ثانياً — أن تكون أعيان الوقف كلها متخربة أو يكون بعضها عامراً والآخر

متخرباً وكان الاستبدال بالمتخرب وحده أو مع الباقى ممكناً ، أو كان من الميسور أن يعمر بطريقة من الطرق السابقة ، ولكن شيئاً من ذلك لا يفيد فى بقاء الوقف ولا يغنى عن المطالبة بانتهائه لسبب آخر وهو ضآلة الأنصبة ، فلا معنى إذن للقيام بواحد منهما لأنه يكون مجهوداً ضائعاً ، والخير كل الخير يكون فى انتهاء الوقف من أول الأمر إذا كان كل من الاستبدال والعمارة لا يكفل لكل مستحق من المستحقين نصيباً فى الغلة غير ضئيل . أما إذا كان أحدهما كفيلا بذلك فإن الوقف لا ينتهى فى المتخرب ويجب أن تسلك هذه السبيل ، وكذلك يجب سلوكها وعدم إنهاء الوقف فى المتخرب جملة إذا كان كل من الاستبدال أو العمارة يكفل لبعض المستحقين نصيباً غير ضئيل ولا يكفل ذلك للبعض الآخر ، ولذى النصيب الضئيل بعد ذلك أن يطلب إنهاء الوقف فى نصيبه هو خاصة بسبب ضآلته لأن إنهاء الوقف فى المتخرب لا يتجزأ كما تدل عليه عبارة المادة فى وضوح .

ثالثاً — أن تكون أعيان الوقف كلها خربة أو يكون بعضها عامراً مستغلا والبعض الآخر خرباً ، ويكون من الميسور عمارة المتخرب بطريقة من تلك الطرق أو يكون الاستبدال به وحده أو مع بقية الأعيان ممكناً ويكون للوقف ريع وفير بعد العمارة أو الاستبدال بحيث لو وزع على المستحقين لكان نصيب كل منهم غير ضئيل ، ولكن سلوك هذا الإجراء يترتب عليه ضرر بين بالمستحقين لحرمانهم من الغلة المقبلة مدة طويلة ، فإذا كان هذا الإجراء لا يترتب عليه حرمان من الغلة المقبلة لوجود وفر من الريع يكفى للعمارة ، أو لإمكان عمارته ببيع بعضه ، أو لإمكان الاستبدال به على وجه لا يتطلب أخذ شىء من الغلة المقبلة ، أو كان يترتب على هذا الإجراء الحرمان من الغلة ولكن ذلك لا يضر بالمستحقين ضرراً بيناً بل يكون ضرره محتملا ، أو يضر بهم ضرراً بيناً ولكن لمدة وجيزة فإن الوقف لا ينتهى فى جميع هذه الصور . ولما كانت حاجات المستحقين متنوعة ومتفاوتة وأحوالهم فى اليسار والإعسار مختلفة كان من الواجب أن يترك للقضاء تحديد مدى الضرر ومقدار المدة الطويلة وقد طالب أحد الشيوخ بألا تترك كلمة « المدة الطويلة »

على مرونتها الواسعة ، ولكن المجلس لم يستجب له رعاية لما ذكرنا . وإذا كان المستحقون سواء فى الضرر أو فى عدمه فأمر ذلك واضح ، ولكن ماذا يكون الحكم لو كانوا مختلفين فى هذا فكان بعضهم ميسوراً وليس مضطراً إلى نصيبه من الريع وكان البعض الآخر فى حاجة ملحة إلى نصيبه ، كأن كان صغيراً معسراً فى حاجة إلى القوت ، أو طالباً محتاجاً إلى نفقاته وأجرة تعليمه ، أو مريضاً فى حاجة إلى ما يقوم بمعيشته وعلاجه أو امرأة لا مال لها ولا منفق فهل نراعى المحتاج ونقول بانتهاء الوقف فى المتخرب كله أو فى نصيبه هو أو لا نقول بذلك ؟ لا سبيل إلى القول بانتهاء الوقف فيما تخرب جميعه أو فى نصيب المحتاج لأن الحكم الوارد بالمادة هو انتهاء الوقف فيما تخرب لا فى بعضه وقد أنيط بضرر المستحقين لا بضرر بعضهم ، وكل محاولة يراد بها حمل النص على غير ذلك تكون من تحميل الكلام ما لا يحتمله ، حقاً إن النظرة إلى جميع المستحقين دون بعضهم نظرة قاسية . وقد أنيط الحكم أيضاً بحرمانهم من الغلة لا من بعضها فإذا كان هذا الإجراء لا يترتب عليه الحرمان من كل الغلة لا ينتهى الوقف طبقاً لهذه الحالة . وإذا كان ما يبقى لكل منهم أو لبعضهم من الغلة ضئيلا نظر فى نصيب كل منهم طبقاً لأحكام الضآلة . كما أنه إذا كان المتخرب بعض أعيان الوقف وانتهى الوقف فيه طبقا لهذه الحالة وكان الباقى من الأعيان يمكن أن تطبق فيه أحكام الضآلة طبقت عليه .

١٠٣ — انتهاء الوقف بسبب الضآلة : إذا كانت أعيان الوقف عامرة مستغلة يمكن الانتفاع بها على وجه يسمى فى عرف الناس انتفاعاً ولكن كان ما يصيب كل مستحق نصيباً نذراً ضئيلا انتهى الوقف فى جميع الموقوف ، وإذا كان لبعض المستحقين نصيب ضئيل ولبعضهم نصيب غير ضئيل فإن الوقف ينتهى بالنسبة للنصيب أو الأنصبة الضئيلة وحدها ولا ينتهى بالنسبة لغيرها ، فالأمر فى الضآلة مختلف عن التخرب من ناحية تجزئة الانتهاء والنظر إلى كل مستحق على حدة . والسبب فى الضآلة قد يكون قلة الريع لقلة المقدار الموقوف ، أو لعيب فيه منذ كان ، كضعف تربة الأرض التى وقفت ، أو قدم الدار التى ورد عليها الوقف ،

أو لعيب طرأ عليه كضعف يطرأ على أرض أو دار أو دابة أو سيارة موقوفة ، وقد يكون السبب فيها ضآلة السهم الذى جعله الواقف للموقوف عليه أو تزايد المستحقين وتكاثرهم، وقد يكون الأمرين معاً ، وطبيعى أن اعتبار الضآلة وعدمها إنما يكون بالنظر إلى الحالة حين طلب الانتهاء ولكن مع هذا يجب ألا يكون السبب فيها طارئاً وقتياً ، فلا ينتهى الوقف فى النصيب الضئيل إذا كان السبب فى الضآلة قلة الريع لطروء أزمات اقتصادية اقتضت رخص أسعار الحاصلات وانخفاض الأجر، ومتى استرشدنا بأحكام هذا القانون كان خير طريق فى هذه الحال أن ننظر إلى متوسط غلة الوقف فى خمس السنوات الأخيرة العادية وليس لنا أن نجعل غلة سنى الأزمات مقياساً ، أو إذا كانت قلة الريع لإهمال ناظر الوقف أو سوء إدارته أو لمطل مستأجرى أعيان الوقف و إفلاسهم ، أو اغتيال المحيطين بها لغلتها أو عملهم على ألا تستأجر إلا ببخس وكان من الممكن تدارك الأمر بالاستعانة بالسلطة الحاكمة أو بالاستبدال بهذه الأعيان وشراء بدل عنها بين قوم حسنى الجوار ، أو كان السبب فى الضآلة أن من الواجب أداء مالزم الوقف من دين ، كدين ارتهنت فيه العين قبل وقفها ، أو دين كان بسبب الاستبدال أو العمارة ، أو أى أمر آخر اقتضى الاستدانة ، وكان من المنتظر تغير هذه الحال فى وقت قريب . وقد يكون فى قول المادة « يصبح » أشعار بأن الحكم خاص بالضآلة الطارئة ولكن هذا غير مراد ولم يراع فى التعبير بذلك إلا الأعم الأغلب .

وانتهاء الوقف فى النصيب الضئيل، و إن روعى فيه جانب المصلحة العامة ، كان أول باعث على تقريره هو رعاية جانب الموقوف عليه ، فمن الواجب أن يكون لأحوال الموقوف عليهم أكبر دخل فى ذلك ، وهى مختلفة باختلاف الأصقاع والبيئات والعصور ، فليس القروى كالمصرى ، ومن يقيم فى إقليم مزدحم بسكانه ليس كمن يقيم فى إقليم تقل فيه الأيدى العاملة وتنتشر فيه الملكيات المتوسطة ، وليس الثرى كالفقير ، ولا من يعيش فى حقبة الغلاء كمن يعيش فى عهد الرخاء ، لهذا اتفقت جميع الهيئات التى نظرت مشروع هذا القانون ، مراعاة لهذه الاعتبارات ، على ألا يحد النصيب الضئيل بمقدار معين يكون مقياساً فى جميع الأحوال وأن يترك أمر الضآلة لتقدير القضاء لينظر فى كل حالة

إلى عواملها الخاصة ويعطيها الحكم الملائم لها مع مراعاة جميع هذه الاعتبارات .

وأثناء نظر المشروع بلجنة الأحوال الشخصية شكلت لجنة فرعية لبحث موضوعات انتهاء الوقف للتخرب وللضآلة ، وأموال البدل ، والعمارة . وكان مما قررته هذه اللجنة ألا ينتهى الوقف فى النصيب الضئيل إلا إذا كانت القسمة ممكنة بلا ضرر ، ولكن لجنة الأحوال لم ترتض هذا الشرط واستبعدته[1] فليس مما يمنع الانتهاء فى نصيب أن يكون الموقوف غير قابل للقسمة .

١٠٤ — مصير ما ينتهى وقفه . جرى هذا القانون هنا على أصله وهو أن الموقوف يبقى على ملك الواقف مادام حياً وأن ما ينتهى وقفه يصير ملكا له ، أى أن ملكيته للموقوف تصبح حرة كاملة بعد أن كانت مقيدة ناقصة . وملكية الواقف لما ينتهى وقفه فى حياته هنا وردت مطلقة لم تقيد بحال دون حال ولا بوقف دون وقف كما هو الحكم فى انتهاء الوقف المؤقت ، فهو يملك ما ينتهى وقفه فى حياته بسبب التخرب أو الضآلة ، وسواء أكان مؤقتا أم مؤبداً ، وسواء أكان خيريا أم أهليا يملك الرجوع عنه أو لا يملك ، وما كان ذلك إلا مراعاة لهذا الأصل وللرغبة القوية فى اطراد الحكم .

وإذا انتهى الوقف للتخرب أو للضآلة بعد موت الواقف صار ما انتهى وقفه ملكا لمستحقه بالمعنى الذى ذكرناه آنفا ، والمستحق شامل للمستحق استحقاقا أهليا أو استحقاقا خيريا ، وإذا كان المستحق استحقاقا خيريا من أهل التملك فأمر ملكيته واضح ، أما إذا لم يكن من أهل التملك وهو ما يعبر عنه عادة بالجهة فأن الموقوف يكون حقا لها كمال تصدق به عليها ويصرف فى مصالحها كالمدرسة والمسجد والمستشفى . وقد بينا من قبل ما يفيده التقييد بكونه مستحقاً وقت الحكم بالانتهاء وأثر ذلك . ولم تذكر هنا ورثة المستحق أوذريته لأن الانتهاء بسبب التخرب أو الضآلة لا يكون إلا وهناك مستحق لما انتهى وقفه ، أما الوقف المؤقت فقد يكون المستحق موجوداً عقب انتهائه وقد لا يكون ، وقد جرى القانون

(١) جلسة ١٦ مارس سنة ١٩٤٢

هنا أيضاً على أصله وهو اعتبار الموقوف بعد موت الواقف ملكا للمستحق حال قيام الوقف، وإن كانت ملكية ناقصة، ولكنه لم يفرق هنا بين مستحق ومستحق وسوى بين ذوى الأنصبة الواجبة وسواهم، وطرْد الحكم كان يقضى بهذه التفرقة غير أن التفرقة بينهما عند الانتهاء فى المؤقت جاءت متأخرة وكانت فى طور الإسراع، والأوقاف السابقة التى كان واقفوها أحياء عند العمل بهذا القانون وفيها استحقاق واجب قليلة جداً، وانتهاء الأوقاف الأهلية اللاحقة لهذين السببين سيكون نادراً جداً فليس من الغريب مع كل هذا ألا يهتم أحد بإدخال هذه التفرقة هنا كما صنع فى الوقف المؤقت.

١٠٥ — أثر انتهاء الوقف، بينا فيما سبق أن انتهاء الوقف هو زوال الحق الذى كان مرتباً على العين الموقوفة بسبب ورود الوقف عليها، وأنه ينشأ عن الانتهاء اكمال الملكية الناقصة للواقف إن كان حياً وللمستحق بعد موت الواقف فى بعض الأحوال، وانتقال الملكية الناقصة ملكية تامة لورثة المستحق فى بعض الصور وللواقف الميت فى صور أخرى، كما أسلفنا أن انتهاء الوقف المؤقت يتم بحكم القانون متى تحقق سببه غير متوقف على عمل ولائى ولا فصل قضائى، وإذا كان فيه نزاع كان الفصل فيه مُظهِراً لامنشئاً، وإذا صدر به قرار من محكمة التصرفات كان تبرعاً لايراد به إلا التيسير فحسب. أما انتهاء الوقف للتخرب أو الضآلة فلايكفى لوجوده قيام سببه ولا يتم إلا إذا صدر به قرار محكمة التصرفات ولا يعتبر موجوداً إلا بهذا القرار ومن وقت وجوده وليس له أثر رجعى، والقرار الصادر بالانتهاء ليس إلا عملا قضائياً محضاً لادخل فيه لغير المحكمة فهو كـكلٍّ تصرفاتها التى من هذا الجنس يكون من باب القضاء وليس فيه شىء من طبيعة الاشهادات ولا يشبهها فى شىء ما، وفرق كبير بين الانتهاء وبين الرجوع، فهذا الأخير عمل يقع أمام المحكمة ولا يقع منها، وبينه وبين الاستبدال، فالاستبدال قد يكون عملا من متعاقدين أمامها وقد يكون عقداً هى طرف فيه نيابة عن الوقف، فقرار الانتهاء لايعقبه إشهاد ويكون منهياً للموضوع، ووجوب تسجيله لا يقتضى أن يكون هناك إشهاد يتلوه وليس تسجيله إلا من باب تسجيل الأحكام كتسجيل الحكم بثبوت الوقف أو إبطاله.

والقرار الصادر بانتهاء الوقف للتخرب والضآلة يجب شهره بطريق التسجيل إذا كان ما انتهى فيه الوقف عقاراً متى صار نهائياً لأنه من التصرفات الواردة بالمادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى ، والحكم القضائى الصادر بانتهاء الوقف المؤقت فى العقار يجب شهره كذلك لأنه من الأحكام الواردة بتلك المادة، وكذلك يكون الحال إذا صدر به قرار من محكمة التصرفات ، وإذا انتهى الوقف المؤقت فى العقار ، ولم يصدر به حكم ولا قرار وكان الملك بانتهائه لورثة المستحق أو لورثة الواقف وجب شهره بتسجيل سنداته طبقاً للمادة ١٣ من ذلك القانون ، لأن الملك يثبت بطريق الوراثة ، أما إذا كان الملك فى هذه الحال للواقف الحى أو للمستحق فليس هناك نص يوجب التسجيل ، إذ لا تصرف ولا حكم ولا حق وراثة ، وفى الأحوال التى يجب فيها تسجيل الحكم القضائى أو حكم التصرفات لا يزول وصف الوقف عن العقار ولا ينتقل ملكه فى بعض الأحوال ولا يتغير وصف الملكية إلا بهذا التسجيل وبدون أن يكون له أثر رجعي ، وفى الأحوال التى يجب فيها شهر الانتهاء كحق إرث لا يجوز قبل هذا التسجيل أن يشهر تصرف يصدر من المالك فى هذا العقار .

١٠٦ — وأحكام المادة ١٨ تطبق على الأوقاف الصادرة قبل العمل بهذا القانون وعلى الأوقاف اللاحقة له كما هو نص المادة ٥٦ ، وهى أحكام بطبيعتها لاتكون إلا فى الحوادث اللاحقة له إذ لاتأتيت إلا بعد القانون ولا انتهاء للتخرب والضآلة إلا بعده وليس لهذا الانتهاء أثر رجعي .

١٠٧ — أقوال الفقهاء ، جاء فى الهداية والفتح[١] ، وفى الخانية[٢] ، وفى البحر[٣] والدر ورد المحتار[٤] وغيرها أن المسجد إذا خرب ولم يكن له ما يعمر به وقد استغنى الناس عنه لبناء مسجد آخر أو خرب ما حوله واستغنى عنه ولو بقى عامراً يبقى مسجداً عند أبى يوسف أبداً إلى قيام الساعة ويعود إلى ملك البانى

(١) ج ٥ ص ٦٥ (٢) ج ٣ ص ٢٩٣ ، ٣١٠ ، ٣١٣ ، ٣١٤ ، ٣١٥ ، ٣٢٩
(٣) ج ٥ ص ٢٢٣ ، ٢٣٧ (٤) ج ٣ ص ٤٠٤ ، ٤١٦

أو ورثته عند محمد، وذكر بعضهم أن قول أبي حنيفة كقول أبي يوسف ، وذكر بعض آخر أنه كقول محمد ، وجاء فى الحاوى القدسى أن الفتوى على قول أبي يوسف ، وفى الفتح أنه يتفرع على الخلاف فى مسألة المسجد أنه إذا تهدم الوقف وليس له من الغلة ما تمكن به عمارته يبطل الوقف و يرجع النقض إلى بانيه أو إلى ورثته عند محمد خلافاً لأبي يوسف ، ولكن عند محمد إنما يعود إلى ملكه ماخرج عن الانتفاع المقصود للواقف بالكلية كحانوت احترق ولا يستأجر بشيء ورباط وحوض محلة خرب وليس له ما يعمر به . وأما ما كان معداً للغلة فلا يعود إلى الملك إلا نقضه وتبقى ساحته وقفاً تؤجر ولو بشيء قليل بخلاف الرباط ونحوه فإنه موقوف للسكنى قد امتنعت بانعدامه . وفى الخانية أن الوقف لو كان على مقبرة وخرب وصار بحيث لا ينتفع به يكون الأصل للواقف إن كان حياً ولورثته إن مات ، وكذلك إذا خرب الوقف على قوم مسمين وكان لا ينتفع به وهو بعيد من القرية لا يرغب أحد فى عمارته ولا يستأجر أصله يبطل الوقف و يجوز بيعه وإن كان أصله يستأجر بشيء قليل يبقى أصله وقفاً ، ولو كان الوقف علوا فانهدم وليس فى الغلة ما يمكن به عمارة العلو يبطل الوقف ويرجع حق البناء إلى الواقف إن كان حياً وإلى ورثته إن كان ميتاً . وقال محمد فى الفرس إذا جعل حبساً فى سبيل الله فصار بحيث لا يستطاع أن يركب يباع و يصرف ثمنه إلى صاحبه أو ورثته . و بوارى المسجد إذا صارت خلقا واستغنى أهل المسجد عنها تكون ملكا لمن طرحها وإن كان ميتاً ولا وارث له يكون حكمها حكم اللقطة . وحكم الأشجار الموقوفة إذا يبست يكون حكم البناء المتهدم . وفى فتاوى قارىء الهداية أن نقض البناء إذا بيع ولم يمكن أن يشترى بثمنه وقف مكانه يرد إلى ورثة الواقف إذا وجدوا وإلا يصرف للفقراء . بهذا ظهر أن محمداً هو الذى يقول من الحنفية بانتهاء الوقف فيما تخرب أو خرج عن الانتفاع المقصود للواقف بالكلية سواء أكان عقاراً أم منقولا ، كان الوقف على جهات البر أو على غيرها ، كما أنه يقول بانتهاء الوقف فى ثمن الموقوف إذا لم يمكن أن يشترى به ما يكون وقفاً ، ولكن قول محمد ليس

هو الراجح من المذهب كما فى البحر والدر المختار وغيرهما ، ومحمد لا يقول بانتهاء الوقف فى ما وقف للاستغلال و إن قلت غلته وهذا واضح فى أنه لا يرى انتهاء الوقف بسبب الضآلة ، ومتى انتهى الوقف عنده كان ملكا للواقف إن كان حيا ولورثته إن كان ميتاً وإن لم يكن له ورثة كان حكمه كحكم اللقطة وهى تكون فى بيت المال فهو لا يرى أن ملكه يكون للمستحق أو لورثته . وظاهر عبارات المالكية أن فى المنقول خلافا ، فمنها ما يفيد أن الوقف فيه لا ينتهى مهما كانت حاله ، ومنها ما يدل على انتهائه إذا صار لا ينتفع به فى خصوص ما وقف له ، فنى حاشيه العدوى على الخرشى عن أبى الحسن الصغير أن بيع حصر المسجد جائز إذا استغنى عنها وكذا أنقاضه وتصرف فى مصالحه وكذا بسْطه وفضلات ترميه وقناديله المكسورة ونحو ذلك[1] . ونقل المواق عن ابن القاسم أن الثياب المحبسة إذا بليت ولم يبق فيها منفعة بيعت واشترى بثمنها ثياب ينتفع بها فإن لم يبلغ تصدق بها[2] . أما العقار فقد قالوا إنه لا يباع وإن خرب على المشهور وواضح من استدلالهم لذلك ببقاء أوقاف السلف دائرة أنهم يقولون ببقاء الخرب موقوفا . هذا ما جاء بشراح خليل وغيرها لكن جاء فى البهجة شرح التحفة للتسولى أن البرقى وابن الكوى والفقيه الصدينى أفتوا بأن الوقف لا يجوز بيعه أصلا وأن القاضى أبا الحسن على بن محسود أفتى بجواز بيعه لخوف الموقوف عليه الهلاك على نفسه لمجاعة ونحو ذلك ، كان المحبس عليه معينا محصوراً أم لا ، واستشكل هذه الفتوى أبو زيد الفاسى وقال لا أعرف لها مستنداً ولعلها اجتهاد ، نعم مستندها فى الجملة المصالح المرسلة . ثم ذكر التسولى أن ابن رحال نقل جواز البيع عن اللخمى وعبد الحميد وأنه جاء فى المعيار عن العبدوسى أنه يجوز أن يفعل فى الحبس ما فيه مصلحة مما يغلب على الظن حتى كاد يقطع به أنه لو كان المحبس حيا لفعله ، واستحسن صاحب المعيار هذا ، وبعد أن نقل مسألة أخرى عن ابن عرفة عن اللخمى قال فهذا كله يؤيد فتوى ابن محسود ويرجحها ويدل على أنها أولى

(١) جـ ٥ ص ٩٥ . ٢ جـ ٦ ص ٤١

بالاتباع والعمل[1] . وإذا كانت فتوى ابن محسود محدودة المعنى فإن العبدوسى قد جاء بقول جامع صريح فى أن الوقف ينتهى متى كانت هناك مصلحة تفضل بقاءه حتى إنها لو كانت موجودة حين الوقف لفضلها الواقف وامتنع عن وقفه لما وقف . وهذه المصلحة أعم من أن تكون حاجة الموقوف عليه إلى القوت أو توسيع المسجد والطريق والمقبرة أو أى مصلحة أخرى ، ولا ريب أن حال كل من تخرب الموقوف بحيث لا تمكن عمارته إلا بضرر الموقوف عليه ضرراً بينا وضآلة الأنصبة فى الوقف ووصولها إلى شىء لا يغنى مما يندرج تحت هذا الحكم ولو كان هذا هو الحال حين الوقف لامتنع الواقف عنه .

وذهب الشافعية إلى أن الموقوف إذا كان منقولا وخرج عن الانتفاع انتهى وقفه واختلفوا فيمن يكون له ملكه فقال بعضهم ، يملكه الموقوف عليه وقال بعضهم يملكه الواقف . قال ابن حجر فى التحفة أنه لو وقف بناء أو غراساً فى أرض مستأجرة أو مستعارة لهما فالأصح جواز الوقف وإن كان معرضاً للقلع إذا اختار ذلك مالك الأرض ومتى اختار المالك القلع وجب عليه الأرش ويصرف فى نقله لأرض أخرى إن أمكن ، وإلا فقيل هو مع أرشه للموقوف عليه وقيل للواقف والذى يتجه منهما الأول وقال الأسنوى إنه يشترى به عقار أو جزؤه كنظائره ويضم إليه أرشه فى ذلك فإن صار غير منتفع به ملكه الموقوف عليه . وإنه لو أشرفت الدابة الموقوفة المأكولة على الموت ذبحت واشترى بثمنها من جنسها ، فإن تعذر وجب شراء شقص ، فإن تعذر صرف للموقوف عليه فيما يظهر ، وإن ماتت البهيمة الموقوفة اختص الموقوف عليه بجلدها إن لم يندبغ لأنه أولى من غيره وإلا عاد وقفا ، والمذهب أن الموقوف عليه لا يملك قيمة الموقوف إذا أتلف بل يشترى بها مثله ليكون وقفاً مكانه مراعاة لغرض الواقف ولبقية البطون وما فضل من القيمة يشترى به شقص كالأرش فإن لم يمكن أن يشترى شقص بهذا الفاضل صرف للموقوف عليه ، وكذلك إن كانت القيمة لا تكفى لشراء مثله أو شقص

---

[1] جـ ٢ ص ٢٣٧

منه صرفت للموقوف عليه ، ولو جفت الشجرة الموقوفة أو اقتلعها الريح لم ينقطع الوقف على المذهب بل ينتفع بها ، فإن تعذر الانتفاع بها إلا باستهلا كها انقطع الوقف وملكها الموقوف عليه على المعتمد ، وقيل تباع ويكون حكم الثمن كحكم قيمة المتلف . والأصح جواز بيع الموقوف من حصر المسجد إذا بليت وجذوعه إذا انكسرت أو أشرفت على الانكسار ، وإذا لم يمكن أن يشترى بالثمن حصير وجذوع صرف فى مصالح المسجد(١) . والأصل عندهم أنه لا يجوز بيع الوقف وقد استثنوا حصر المسجد وجذوعه لأنها صارت كالمعدومة ولا أعرف أن أحداً من فقهائهم قال بانقطاع الوقف فى العقار وإن خرج عن الانتفاع ويظهر أن الباعث لهم على هذا أنهم يرون أن المدار على إمكان الانتفاع لا على حصوله فعلا ، يشهد لهذا قولهم إن المسجد إذا انهدم وتعذرت إعادته لا يباع بحال لإمكان الانتفاع به على هذا الحال بالصلاة فى أرضه ولم يستثنوا حالة ما إذا استغنى عنه ، وقولهم إن أرض الدار المتهدمة أو المشرفة على الانهدام لا تباع لأن الانتفاع بها ممكن . أما ضآلة النصيب فلم أجد لهم فيها قولا وليس من المنتظر أن يقول أحد منهم بأن الوقف ينقطع وينتهى بسبب ذلك . وقياس قولهم فى المنقول كان يقضى بانقطاع الوقف فى الأرض إذا تعذر الانتفاع بها على أىّ وجه . ولو أنهم قالوا بذلك لكان ملكها عند الانقطاع للموقوف عليهم قياساً على ماقيل فى المنقول ، ولقولهم إنه أولى من غيره وقال ابن قدامة فى المغنى وقال بعض الشافعية: يختص الموقوف عليه بالقيمة إن قلنا أنه يملك الموقوف لأنه بدل ملكه(٢) .

ولم أجد للحنابلة كلاماً صريحاً فى مسألة انتهاء الوقف للتخرب والخروج عن الانتفاع ولكن ذكرهم لجواز الاستبدال إذا خرج الموقوف عن الانتفاع بالكلية وسكوتهم على ذلك وإيراد صاحب المغنى قول محمد بن الحسن والرد عليه

(١) جـ ٢ ص ٣١٧ ، ٣٣ ، ٣٣٤

(٢) جـ ٥ ص ٣٣١

يشهد تماماً بأنهم لا يرون انتهاء الوقف بالتخرب . وقياس قولهم إن الملك فى الموقوف يكون للواقف أنه إذا انتهى الوقف كان ملكا له أو لورثته ، وقياس قولهم إن ملكه للموقوف عليه أن يكون ملكه بعد الانتهاء له .

والأصل فى الوقف عند الإمامية أن الوقف لا يبطل ولا يجوز إبطاله ببيع أو هبة أو نحوهما ، ولكنهم ذكروا مسائل يبطل بها الوقف بعد أن كان صحيحاً ، وقال فى جواهر الكلام[1] إن فقهاءهم قد اختلفوا فى ذلك اختلافاً لا نظير له فى مسألة من مسائل الوقف وأورد أسباباً كثيرة قالوا بأنها تقتضى بطلان الوقف وذكر ما فيهما من خلاف ، وسأكتفى بإيراد بعضها ، فمنها خراب الموقوف وخروجه عن الانتفاع به مع بقاء عينه ، وخروج الموقوف عن الانتفاع الذى أراده الواقف حين الوقف وجعله عنواناً له ، وخشية خرابه لاختلاف أهله ، وخشية خرابه مطلقا ، وكون بقائه يؤدى إلى مفسدة تربو على مصلحة بقائه ، وحاجة الموقوف عليهم إلى بيعه ، وصيرورته لا يجدى نفعاً وإن لم يخش خرابه ، وكون ذلك أعود على الموقوف عليهم وأنفع لهم من بقاء الوقف ولو لم تكن بهم حاجة إليه ولم يخش خرابه . وقال إن القول الأخير قد نقله الشهيد وتبعه عليه جملة المتأخرين . وقال أيضاً إنه إذا بطل الوقف ففيه وجهان : أحدهما أنه يكون للموقوف عليه لأن الموقوف قد خرج بالوقف من ملك الواقف ودخل فى ملك الموقوف عليه ، ومنعه من التصرف فى العين لا يكون إلا حال قيام الوقف ومتى بطل الوقف زال هذا المانع وبقى مملوكا له ملكا تاماً يتصرف فيه كيف يشاء . والثانى أنه يعود للواقف وورثته كالوقف المنقطع نظراً لأن خروج الموقوف عن ملكه ودخوله فى ملك الموقوف عليه كان على وجه معين وهو أن تكون المنفعة له وليس له التصرف فى عينه ، فمتى بطل الوقف وزال استحقاق الموقوف عليه للمنفعة وقد كان الاستحقاق هو السبب الوحيد فى تملكه له ، عاد إلى ملك الواقف لزوال السبب الذى اقتضى خروج العين عن ملكه ، وقال لعل الأول لا يخلو من قوة

---

(١) جـ ٥ ص (٧٧ — ٨٠)

ويشهد له ما ستسمعه من الفتوى والنص على أنه يجوز للموقوف عليهم أن يبيعوا الموقوف .

١٠٨ — والأحكام الواردة بهذه المادة كلها تخالف الراجح من مذهب الحنفيـــة .

وانتهاء وقف ما تخرب مطلقاً ولا يمكن أن يعمر ولا أن يستبدل به قول محمد بن الحسن وتشمله القاعدة التى قررها العبدوسى من فقهاء المالكية وهو أشهر الأقوال فى مذهب الإمامية ، وانتهاء وقفه لهذا السبب إذا كان منقولا مذهب المالكية والشافعية أيضاً ، وانتهاء وقف ما تخرب إذا كان من الممكن عمارته أو الاستبدال به ولكن على وجه يؤدى إلى ضآلة الأنصبة أو إلى ضرر المستحقين ضرراً بيناً ، وانتهاؤه فى العامر بالنسبة لصاحب النصيب الضئيل يؤخذ كل منهما من القاعدة التى قررها العبدوسى وهو أيضاً موافق لقولين من الأقوال التى قالها فقهاء الإمامية وقد جرى على أحدهما جميع متأخرى فقهائهم .

وملكية الواقف إن كان حياً لما انتهى وقفه للتخرب فى الحالة الأولى قول محمد بن الحسن وأحد الوجهين عند الإمامية ، وملكية الموقوف عليه لما انتهى وقفه بسبب التخرب فى جميع الأحوال أو بسبب الضآلة تؤخذ من قاعدة العبدوسى وهى أحد الوجهين عند الإمامية وقياس أشهر الأقوال فى مذهب الحنابلة وهو القول بملكية الموقوف عليه للموقوف ، وهى أيضاً مذهب الشافعية إذا كان الموقوف منقولا وانتهى وقفه لخروجه عن الانتفاع .

وانتهاء الوقف بسبب الخراب أو الضآلة لم يكن موضع خلاف لأحد فى جميع المراحل التى مر بها مشروع هذا القانون وكان من المتفق عليه أن بقاء هذه الأوقاف لافائدة فيه أصلا بل فيه أكبر الضرر بالمستحقين فوق ما فيه من الخروج على أبسط القواعد الاقتصادية ونشر الخرائب ، ولهذا كانت دائماً مثاراً للشكاوى الخاصة والعامة وباعثاً قوياً على الانتقاد والتنديد بنظام الوقف نفسه مع أن هذه الحال لاتتفق مع روح الشريعة الغراء ولم يجر إليها إلا تشدد بعض الفقهاء رغبة منهم فى حماية الأوقاف

من الطامعين ، ولم تختلف الأنظار فى شىء من هذه الأحكام إلا فى أمرين :

الأول : كيف ينتهى الوقف ، فلجنة الأحوال الشخصية رأت أن يكون انتهاء العامر للضآلة مجزأ ، أما انتهاؤه فيما تخرب فإنه لايتجزأ و يكفى أن يطلبه ذو شأن فلا يتوقف على أن يطلب كل مستحق الانتهاء فى نصيبه رغبة منها فى التخلص من الخرائب بأيسر الطرق ، ولكن لجنة العدل بمجلس الشيوخ رأت التجزئة فأناطت الحكم بضآلة النصيب وعدلت النص وقالت : «ينتهى الوقف مؤقتاً كان أو مؤبداً فى كل حصة أصبحت منفعتها ضئيلة ولا ترجى زيادتها بالعمارة والاستبدال بغير إضرار بالمستحقين » وأقر المجلس ما صنعت ، غير أن لجنة التنقيح أعادت النص كما كان أولا و به صدر القانون .

والثانى : ملكية ما ينتهى فيه الوقف ، فجعلتها لجنة الأحوال الشخصية للمستحق ولكن مجلس الشيوخ فى المرة الأولى جعلها للواقف إن كان حياً و إلا فلمستحقه وكان ذلك منه رغبة فى اتساق الأحكام واتباعاً لمقتضى الأصل الذى جرى عليه القانون وهو أن الموقوف باق على ملك الواقف ما دام حياً ومراعاة لما أعطى له من الحق فى الرجوع عن الوقف . ولم يستثن المجلس الأوقاف التى لا يملك الواقف الرجوع فيها طبقاً للفقرة الثانية من المادة ١١ ، ولو استثناها لخرج على أصل القانون فى ملكية الواقف الحى الذى لم يشذ عنه أصلا فى حين أن تطبيق أحكام هذه المادة على الأوقاف المشار إليها فى حياة الواقف إذا وقع لا يكون إلا نادراً جداً ، يدرك هذا من يتأمل جميع الاعتبارات المحيطة بها جيداً ، فلم يكن ثم ما يدعو إلى عناية المشرع بذلك وارتكابه شذوذاً لا مبرر له .

الاستحقاق فى الوقف

١٠٩ — الاستحقاق مصدر « استحق » ومعناه فى الأصل الاستيجاب أو الثبوت ، يقال استحق المرء الشيء إذا استوجبه ، ومن ذلك قوله تعالى « فإن عثر على أنهما استحقا إثما » . أى فإن وقف على أنهما استوجبا إثما . و إذا اشترى رجل داراً من رجل فادعاها آخر وأثبت دعواه فقد استحقها أى ثبت له ملكها والحق فيها . و يطلق أيضاً فى الاصطلاح الفقهى على الحق الثابت نفسه . والحق الثابت فيما يتعلق بالوقف قد يكون الحق المجرد ، أى الوصف الاعتبارى ، وهو حق المرء فى تملك ما جعل له من غلات الوقف ومنافعه وشئونه الأخرى ، وقد يكون عين ما يرد عليه الملك من هذه الأمور فيقال لنصيب الموقوف عليه من الغلة أنه استحقاقه ، فالاستحقاق له معان ثلاثة ، ثبوت الحق ، وحق التملك وعين ما يرد عليه الملك ، وقد استعمله هذا القانون فى هذه المعانى ، ومن استعماله فى المعنى الأول ما ورد بالفقرة الأولى بالمادة التاسعة ، ومن استعماله بالمعنى الثانى ما جاء بالمادة العشرين . والاستحقاق فى الوقف متى أطلق لا يراد منه أىّ استحقاق و إنما يراد منه استحقاق غلة الوقف ومنافعه خاصة و إذا أريد منه استحقاق أمر آخر لم يستعمل فى العادة مطلقاً بل يعمد إذ ذاك إلى التصريح بما هو مُسْتَحَقّ فيقال استحقاق النظر مثلا ، وقد جرى القانون على هذا فتى استعمل الاستحقاق أو المستحق بإطلاق فإنه لا يريد إلا هذا المعنى . والعرف الفقهى قد جرى على إطلاق المستحق على من يكون متناولا لغلة الوقف بالفعل دون غيره وعلى الفرق بينه و بين الموقوف عليه الذى يطلق على من استحق ومن لم يستحق فهو أعم من المستحق . ومتى أطلق ولم يوجد مايصرفه عن تناول جميع أفراده و يُعَيِّن إرادة فرد بخصوصه كان متناولا للمستحق وغير المستحق معاً وكانت دلالته على ذلك قطعية لما هو مقرر من أن دلالة العام على كل فرد من أفراده دلالة قطعية كدلالة الخاص على معناه الذى وضع له ، ونظراً لأن دلالته هذه قطعية لا يقوى على تخصيص

عمومه إلا ما كان قاطعاً ولهذا قال الفقهاء فيمن اشترط فى وقفه أن من مات ولم يكن له ولد ولا ذرية ولا أخوة ولا أخوات صرف نصيبه لمن فى درجته من الموقوف عليهم مضافاً إلى ما يستحقونه، أن نصيب هذا الميت يصرف إلى من فى درجته من الموقوف عليهم مستحقين وغير مستحقين لأن هذا معنى الموقوف عليه، وقول الواقف «مضافاً إلى ما يستحقونه» لا يعين إرادة المستحقين وحدهم إذ ليس قاطعاً فى ذلك ويمكن أن يحمل على أن هذا النصيب يكون مضافاً إلى ما يستحقونه إن كانوا مستحقين فلا يصلح مخصصاً للعام متى كان الجمع ممكناً، وقد تقرر معنى الموقوف عليه والفرق بينه وبين المستحق على ما أوضحنا حتى أصبح أولية فقهية. والقانون قد استعمل الموقوف عليه وأراد منه المستحق وغيره فى كثير من المواضع واستعمله فى بعض المواضع وأراد منه المستحق خاصة ولكن مع قيام القرينة القاطعة بإرادة هذا. واستعمل المستحق فى نحو ثلاثة وعشرين موضعاً وأراد منه المعنى الفقهى ولم يشذ عن ذلك إلا فى المادتين (٢٢و٢٦) حيث أطلقه وأراد منه الموقوف عليه استحق فعلا أو لم يستحق، وكان من دقة التحرير ألا يكون هذا وأن تستعمل الألفاظ فى معانيها الاصطلاحية استعمالا مطرداً حتى لا يكون هناك أىّ لبس.

وهذا القانون لم يتناول كل أحكام الاستحقاق، بل اقتصر، كما هى خطته، على الأحكام التى رؤى أن الحاجة ماسة إلى تعديلها، وهى الأحكام الواردة بالموضوعات التالية.

١ — مصارف بعض الأوقاف الخيرية وتقديم ذرية الواقف وقرابته

مادة ١٩ — إذا كان الوقف على القربات ولم يعين الواقف جهة من جهات البر أو عينها ولم تكن موجودة أو لم تبق حاجة إليها أو زاد ريع الوقف على حاجتها صرف الريع أو فائضه بإذن المحكمة إلى من يكون محتاجاً من ذريته ووالديه بقدر كفايته ثم إلى المحتاج من أقاربه كذلك ثم إلى الأولى من جهات البر. وفى حالة ما إذا لم تكن جهة البر التى عينها الواقف موجودة ثم وجدت كان لها ما يحدث من الريع من وقت وجودها

١١٠ — القُرُبَات جمع قُرْبَة ، وهى القُرب مطلقا وقيل القرب فى المنزلة خاصة وهى أيضاً بمعنى القُرْبان ، وهو ما يتقرب به إلى الله تعالى طمعاً فى رضوانه ورغبة فى وصول ثوابه فهو شامل لجميع أنواع الخير ، دنيوية كانت أو أخروية ، وكذلك البر فانه اسم جامع لكل أنواع الخير ، فالقربة والبر والخير كلها بمعنى واحد عند الفقهاء ، والوقف عليها هو ما يسمى فى عرفنا بالوقف الخيرى ، وقد استعمل هذا القانون هذه الكلمات جميعاً بهذا المعنى فى هذه المادة وفى المادتين الخامسة والسابعة والأربعين . ولم يعرض هذا القانون لمصارف الوقف الخيرى بجميع أنواعه بل اقتصر هنا على بعضها وهى الأوقاف التى انقطعت فيها الجهة الموقوف عليها ابتداء أو آخراً ، والأوقاف التى تشبه المنقطع لعدم بيان جهة معينة أو لزيادة الريع عن حاجتها ، وأطلقت كلمة « الوقف » فى هذه المادة لتشمل كل وقف خيرى صحيح ، مؤبداً كان أو مؤقتا ، وقفا مستقلا أو بعض وقف ، خيريا من بدايته إلى نهايته أو خيريا بعد أهلى ، صدر فى الصحة أو صدر فى المرض . والأنواع الأربعة التى بينت هذه المادة مصارفها هى .

الأول — أن يكون وقفاً خيرياً لم يعين الواقف فيه وجهاً من وجوه الخير ليصرف ريعه فيه ، سبق هذه الحالة تعيين أو لم يسبقها ، كما لو قال أرضى هذه صدقة موقوفة ، أو قال موقوفة لله تعالى ولم يزد على ذلك ، أو قال هى صدقة موقوفة تصرف غلتها فى وجوه الخير ، أو هى موقوفة فى وجوه البر ولم يسم جهة معينة من جوه الخير ، أو قال هى صدقة موقوفة على وعلى نسلى وذريتى إلى انقراضهم فإذا انقرضوا كانت وقفاً مصروفاً ريعه فى وجوه البر ولم يسم جهة معينة فانقرض هؤلاء وآل الريع لوجوه البر ، أو وقف على فقراء قرابته أو على فقراء قريته أو على مدارسها أو غير ذلك من المصارف التى تنقطع ولم يزد ولم يصرح فى وقفه بالتأقيت لا بمدة معينة ولا بانقطاع المصرف فكان وقفاً مؤبداً ثم انقطع المصرف الذى سماه الواقف أو رُدَّ الوقف عليه ممن يملك الرد ، أو وقف على مصرف من المصارف الخيرية التى تنقطع مدة معينة وانقطع المصرف قبل نهاية هذه المدة أو رد الوقف عليه من يملك الرد فإن الوقف يبقى إلى نهايتها ، وكذلك لو وقف على نفسه

ثم على مدرسة معينة بقريته ولم يزد ولم يؤقت فلم يمت إلا وقد زالت هذه المدرسة من الوجود أو رد الوقف عليها من يملك الرد، فالوقف فى كل هذه الأحوال يكون من هذا النوع لأنه أنشىء أو صار وقفاً خيرياً لم يعين الواقف فيه أى جهة من جهات البر ويكون مصرفه ما هو مبين بهذه المادة. وتعيين الواقف الذى لا تمكن معرفته هو وعدمه سواء فهو مما يندرج تحت عدم التعيين الوارد بهذه المادة، فيكون من هذا النوع الوقف «المندثر» الذى يقطع بأنه وقف ولكن لا يعرف له شرط ولا جهة استحقاق فإنه يكون وقفاً خيرياً لم تعين فيه جهة من جهات البر. وليس من هذا النوع ما إذا عين الواقف جهة عامة من جهات البر تتناول أنواعاً وأفراداً كثيرة كالمساجد والمدارس والتعليم ودفن الموتى وحفر القبور والفقراء وفقراء طائفة معينة أو قرية أو مدينة أو قطر معين فإن تعيين الجهة كما يكون بتسمية فرد معين يكون بتسمية جهة معينة تتناول أفراداً والمناط هو تعيين الجهة أى جهة كانت، عامة أو خاصة، وليس منه أيضاً ما إذا عين الجهة بذكر فرد مجهول من أفرادها كما لو وقف على أن يصرف الريع لأحد الملاجىء أى ملجأ كان فإن ذكر فرد مجهول فيه تعيين للجهة التى هو أحد أفرادها.

الثانى — أن يكون وقفاً خيرياً عين الواقف فيه جهة من جهات البر، عامة أو خاصة، ولكنها لم تكن موجودة حينما آل الوقف لها وصارت مصرفاً له، كما لو هيأ مكاناً ليبنيه مسجداً أو مدرسة أو مستشفى ووقف أرضاً له يصرف ريعها فى إقامة الشعائر بالمسجد أو فى نفقات التعليم بالمدرسة أو فى علاج المرضى ودوائهم بالمستشفى، فما لم يتم بناؤه لا تكون الجهة التى وقف عليها موجودة، وكذلك لو وقف على نفسه وبعده يصرف ريع وقفه فى نفقات التعليم بمدرسة بدىء بإنشائها فى قريته أو فى إقامة الشعائر بمسجد على هذا الوضع فمات قبل أن يتم إنشاء ذلك، وكذلك لو وقف على جهة خيرية لها من يمثلها قانوناً ثم من بعدها على جهة أخرى فرد ممثل الجهة الأولى ولم تكن الجهة الثانية موجودة حين الرد وكان وجودها منتظراً فإن الوقف يبقى قائماً ومتى وجدت الجهة الثانية استحقت الغلة من حين

وجودها ، وإلى أن توجد يكون مصرف غلة الوقف ما هو مبين بهذه المادة . ومحل هذا الحكم إذا لم يكن بعد هذه الجهة التى لم تكن موجودة مصرف آخر أما إذا كان الوقف مرتباً وكان بعدها جهة أخرى معينة أو مستحق معين فإن الريع لا يصرف إلى المصارف المبينة فى هذه المادة بل يصرف إلى المصرف الذى يليها طبقاً للمادة ٣٥ حتى إذا وجدت استحقت الغلة . وكذلك محله أيضاً إذا لم يكن عدم وجودها سبباً فى انتهاء الوقف طبقاً للمادتين التاسعة والسادسة عشرة ، فإن الكلام فى مصرف وقف قائم مع عدم وجود الموقوف عليه الذى سماه الواقف لا فى وقف ينتهى بعدم وجود المصرف .

الثالث : أن يكون وقفاً خيرياً عين الواقف فيه جهة من جهات البر وكانت موجودة ولكن لم تبق حاجة إليها ، كمسجد انفض الناس من حوله واستغنوا عن الصلاة فيه ولم يبق مقصوداً من أجلها ، وقنطرة هجرها الناس ولم تبق حاجة لهم فى المرور عليها ، وسقاية « سبيل » بطل استعمالها وزالت الحاجة إليها ، ومدرسة هجرها الطلبة والمتعلمون وانصرفوا إلى غيرها ، ففى هذه الأحوال ونظائرها لا يبقى لهذه الجهة استحقاق فيما وقف عليها لفوات الغرض الذى من أجله كان الوقف عليها ويكون مصرف الريع ما بين فى هذه المادة ، أما نفس الجهة الموقوف عليها إن كانت هى أيضاً وقفاً فإنها تطبق عليها أحكام انتهاء الوقف الواردة فى المادة ١٨ . والواقع أن زوال الحاجة إلى الجهة الموقوف عليها يخرجها من أن تكون موقوفاً عليها ويجعل الوقف فى هذه الحالة وقفاً خيرياً لم يعين فيه الواقف جهة من جهات البر ، ومن هذا نعرف أن الحكم الوارد فى هذه المادة لا يطبق إذا كان الواقف قد جعل ريع الوقف لمصرف آخر معين يليها فى الاستحقاق ، بل يكون الريع إذ ذاك مُستحقاً للمصرف الذى يليها طبقاً لأحكام المادة ٣٥

الرابع : أن يكون وقفاً خيرياً عين الواقف فيه جهة من جهات البر وكانت موجودة والحاجة إليها باقية ولكن غلة الموقوف وفت بحاجتها وزادت عليها أو كانت فترة لم تحتج هذه الجهة فيها إلى شىء من هذه الغلة ، فلو وقف على عمارة مسجد معين أو مقبرة

معينة ومضت سنة أو سنين لم يحتج فيها المسجد أو المقبرة إلى العمارة كانت الغلة فى هذه المدة زائدة عن حاجة الجهة الموقوف عليها وهى العمارة إذا كان أغلال الموقوف على حاله أو متزايداً ولا ينتظر أن تحتاج العمارة إلى أكثر من غلته ، ولو وقف على إقامة الشعائر فى مسجد معين أو على نفقات التعليم فى مدرسة معينة أو على علاج المرضى فى مستشفى معين فتعطلت إقامة الشعائر فى هذا المسجد مدة أو لم يكن بتلك المدرسة تعليم ولا بالمستشفى علاج لسبب من الأسباب سنة أوسنين كانت الغلة فى تلك المدة كلها زائدة عن حاجة الجهة الموقوف عليها ، ولو وقف على النحو السابق ووفى الريع بالعمارة أو إقامة الشعائر أو نفقات التعليم أو العلاج وزاد على ذلك كان الفائض من الريع فى هذه الأحوال زائداً عن حاجة الجهة الموقوف عليها ، ولو وقف على فقراء قرابته ولم تكن له قرابة ولكن ينتظر أن يكونوا أوكان له قرابة ومضت مدة وليس فيهم فقير كان الوقف فى هاتين الحالين من النوع الثانى ، وإن كان له قرابة وفيهم فقراء وزاد الريع عن حاجتهم كان الفائض عن حاجتهم من هذا النوع « الرابع » . ومن هذا النوع أيضاً ما لو وقف على أن يصرف الريع أو سهم منه كل سنة فى الحج أو الأضحيه أو القيام بخيرات معينة فى مواسم معينة ومضى زمن لم يقم فيه المتولى بصرف ماشرط من الريع فى مصرفه فإنه يكون فائضاً وزائداً عن حاجة الجهة الموقوف عليها، و بأدنى تأمل يتضح أن مازاد من الغلة عن الحاجة يكون ريع وقف لم يعين له الواقف مصرفاً من المصارف الخيرية ، أما إذا كان قد عين له مصرفاً فإنه يجب العمل بشرطه وصرف الريع إلى المصرف الذى سماه و إن لم يكن من المصارف الواردة بهذه المادة ، فلو وقف وقفه على أن يبدأ بصرف ريعه لمصالح مدرسة أو مسجد أو مستشفى عينه وأن يصرف مابقى منه لأولاده وذريته، أو وقف على جهات خيرية متعددة وشرط فى وقفه أنه إذا تعذر الصرف على بعضها أو زاد نصيبها فى الريع عن حاجتها كان نصيبها أو الفائض منها مصروفاً للجهات الأخرى عمل بشرطه ولم يكن وقفه من هذا النوع ولا مما تتناوله أحكام هذه المادة .

ومما سبق فى بيان هذه الأنواع جميعها يتبين أن ماجاء بهذه المادة إنما هو حكم

أعطى لريع الوقف الخيرى أو بعضه فى الحالات التى لايكون الواقف قد سمى فيها مصرفاً خيرياً أو أهلياً لهذا الريع ، وأن الأنواع الثلاثة الأخيرة تؤول إلى هـذا المعنى وأنه لايتناول أى حالة سمى فيها الواقف مصرفاً ، فكان من الممكن الاستغناء عن هذه الأنواع الثلاثة والاكتفاء بالنوع الأول ولـكن هذه الأنواع لم تذكر فى الواقع إلا للتفصيل بعد الإجمال ولمنع أى لبس أو اشتباه ، وقد كان فى نص المشروع الأول شىء من اللبس حيث ذكر به النوعان الأولان فقط فلا هو اكتفى بالمعنى العام وترك التفصيل ولا هو استوفى الأنواع حينما عمد إلى التفصيل .

١١١ مصارف هذه الأوقاف — حد هذا القانون فى تلك الأحوال من حرية النظار التى كانوا يتمتعون بها طبقاً لمذهب الإمام أبى حنيفة ، فعين لريع الأوقاف الخيرية آنفة الذكر مصارف معينة جعله حقاً واجباً لها وحتم أن يكون الصرف إليها بإذن من المحكمة ، أى محكمة التصرف فى الأوقاف المختصة كما أفصحت عن ذلك المذكرة الإيضاحية ، فليس لناظر الوقف فى هذه الأحوال أن يصرف الريع إلى غير هـذه المصارف وإن كانت مصارفه طبقاً لما قرره فقهاء الحنفية ، ولا أن يصرفه فى المصارف التى عينها هذا القانون قبل أن يحصل على إذن من المحكمة بذلك ، وإذا خالف كان ضامنا فى كلتا الحالين ، اللهم إلا أن يلجأ فى الحال الثانية بعد الصرف إلى المحكمة وينال إجازتها لما صنع فإن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق فتكون مصححة للتصرف ودافعة للضمان . وقـد حتم القانون إذن المحكمة لأن المصارف التى بينها مما تختلف فيه الأنظار فلم يشأ أن يترك الصرف إليها لإرادة النظار مهما كان أمرهم قطعاً لكل شبهة وسداً لمنافذ الأهواء وأبواب التحدى والعنت . وقد أهمل القانون نوعا من الأوقاف الخيرية كان أولى بعنايته وأحق بهذا الحكم وهو الوقف الخيرى الذى سمى فيه الواقف مصرفاً خيرياً عاماً لا يمكن استيعاب أفراده والصرف عليهم جميعاً كالوقف على الفقراء أو على فقراء طائفة معينة أو على المساجد أو المدارس بإطلاق فأنواع هذا الوقف أكثر انتشاراً من الأنواع التى عنى بها القانون وخاصة الأوقاف التى آلت للخيرات

ويدخل فى صرفها ما أراد القانون اتقاءه بفرض رقابة المحكمة ولكن اعتبارات عديدة حالت دون ذلك وفى طليعتها الاعتبار الطائفى والدينى الذى نطقت المادة ٤٧ بمراعاته . ومن الواضح أن أحكام هذه المادة من شأنها أن تؤدى إلى تغيير تام فى الخطة التى تسير عليها وزارة الأوقاف المصرية فى مصارف الأوقاف الخيرية وإعداد ميزانيتها فقد جرت على خلط غلات الأوقاف الخيرية بوجه عام واستغلالها بصرفها فى وجوه البر التى تراها طبقاً للاحكام التى كانت متبعة من قبل مع أن من بينها كثيراً من الأنواع الواردة بهذه المادة وبخاصة ريع ماهو موقوف على مساجد معينة ولم تبق حاجة إليها أو زاد عن الحاجة لتعطلها وعدم إقامة الشعائر بها أو لأنه يفضل عن حاجتها وتصحيح تصرفاتها يحتم عليها اليقظة والدقة فى تطبيق أحكام هذه المادة ولا يدفع الضمان عنها اعتماد ميزانيتها من البرلمان ولا صدور قانون بها فليس ذلك اذناً من المحكمة ولا يغنى عنه ، على أن فى وسعها أن تتقى تطبيق هذه الأحكام بنص صريح فى القانون الذى يصدر بربط كل ميزانية من ميزانياتها .

وقد رتبت المادة بين المصارف الواردة بها ، والترتيب بينها ليس ترتيباً فى الوجود وإنما هو ترتيب فى الاستحقاق والكفاية ، أى أنه لا يستحق مصرف متأخر ما لم يستوف المصرف السابق عليه حقه ، أما اذا استوفى كفايته وفضل من الغلة فضل فإنه يصرف الى المصرف الذى يليه فإن فضل بعد هذا شىء صرف الى الذى يليه ، فليس ثم ما يمنع من أن تكون أنواع المصارف الثلاثة متناولة معاً ما دامت غلة الوقف تتسع لذلك . وهذه المصارف هى :

أولا — المحتاج من ذرية الواقف ووالديه — إذا كان للواقف نوع أو أكثر من الأوقاف المشار اليها وكان من ذريته أو من والديه محتاج أعطى بإذن المحكمة من غلة هذا الوقف أو هذه الأوقاف ما يكفيه ولا يعطى أكثر من كفايته ، فإذا كانت الغلة قدر كفايته أو أقل منها أخذها جميعها ، وإذا تعدد المحتاجون من هذا الصنف وكانت هذه الغلة تفى بحاجة كل منهم أعطى كل بقدر كفايته ، أما إذا ضاقت عن ذلك فإنه يبدأ بالأقرب فالأقرب فيعطى الأقرب قدر كفايته فإن فضل

عن ذلك فضل أعطى منه لمن يليه بقدر إحتياجهم ، ولا يقدم غير الأقرب من هذا الصنف على الأقرب إذا كان الأول أشد حاجة من الثانى كما لا يقدم أهل الصنف الثانى على أهل الصنف الأول بسبب التفاضل فى الحاجة ، والسر فى ذلك أن تقديم أهل هذين الصنفين على غيرهم من المحتاجين الذين يشتركون معهم فى كون كل منهم مصرفاً من مصارف هذا الوقف إنما كان بسبب قرابتهم من الواقف، فالقرابة هى المعنى الذى جعل سبباً للتقديم فكما روعيت فى تقديم الصنفين الأولين على غيرهم وفى تقديم الصنف الأول على الثانى تراعى أيضاً بين أهل كل صنف على حدة فإنها مناط الحكم.

والوالدان هما الأب والأم المباشران وهذا هو الأصل فى معنى الكلمة التى لا تتناول غيرهما إلا بقرينة فهى هنا لا تتناول من عداهما من الأصول ، أجداداً كانوا أوجدات ، لأب أو لأم . وذرية المرء كل ماذر ونسل منه، ذكراً كان أو أنثى، بعدت درجته أو قربت ، فأهل هذا الصنف هم أبوه وأمه وفروعه . وقد أعطاهم القانون حق التقدم وجعل لهم المرتبة الأولى لم يقيد ذلك بقيد ولم يشترط فيه شرطاً سوى الحاجة ، فليس إسلامهم شرطاً فى استحقاقهم ولا فى تقدمهم ، كما لا يشترط فى استحقاقهم قدر كفايتهم ألا يكونوا وارثين فلهم كفايتهم وإن استغرقت الغلة جميعها ولم يبق لغيرهم شىء وإن كانوا وارثين وكان الوقف فى مرض الموت أو مضافاً إلى ما بعده ، وليس شرطاً أيضاً ألا يكونوا مستحقين فى ريع ما وردت عليه عقدة الوقف بسبب آخر ماداموا لم يخرجوا باستحقاقهم فى القسم الآخر عن أن يكونوا محتاجين ، فلوجعل وقفه مصروفاً نصف ريعه لذريته والنصف الآخر لجهة بر لم توجد وكان فى ذريته محتاج لا يكفيه ما يأخذه من وقف الذرية أكملت له كفايته من وقف النصف الآخر . وقد استعمل القانون هنا كلمتى « المحتاج » و « الكفاية » ولم يبين معنى لكل منهما ، فالمرجع فى معرفة ذلك هو ماقرره فقهاء الحنفية . والحكم هنا خاص بحقهم فى غلة الأنواع السابقة دون غيرها من الأوقاف الخيرية كالوقف على الفقراء أو جهات بر معينة فإن حقهم فيها بقى خاضعاً لأرجح الأقوال من مذهب الحنفية ، وسيأتى بيان كل ذلك إن شاء الله فى أقوال الفقهاء .

ثانياً — المحتاج من أقارب الواقف — ويأتى دور المحتاجين من أقارب الواقف إذا لم يكن هناك محتاج من ذريته ووالديه أو كان ولكنه استوفى حاجته وبقى فى الغلة فضل يمكن أن يعطى للأقارب المحتاجين . ويجرى هنا جميع ما ذكرته فى الصنف الأول من تقديم الأقرب على غيره عند التعدد وغير ذلك ، ولم يبين القانون من هو القريب فالمرجع فى ذلك هو مذهب الحنفية ، وسيأتى بيان معنى ذلك عندهم فى أقوال الفقهاء بعون الله .

ثالثاً — الأولى من جهات البر — وقد بينا من قبل معنى البر فى نظر هذا القانون وأنه اسم جامع لكل أنواع الخير، كان فيها معنى الصدقة أولا . فجهات البر هنا شاملة لكل جهات الخير سواء أكان فى الصرف إليها معنى التصدق والتمليك كالفقراء وطلبة العلم والغزاة وأبناء السبيل واللقطاء ، أم لم يكن فيها هذا المعنى كبناء المساجد وعمارتها وإنشاء الحصون والمدارس والمستشفيات والإنفاق فى مصالحها . والأولى من جهات الخير هو ما يكون أعم نفعاً من غيره أو تدعو إليه الحاجة أكثر من سواه ويكون فى حاجة إلى هذا الريع لتحقيق نفعه أو إكماله ، وأسباب التفضيل تختلف باختلاف البقاع وسائر الظروف والملابسات وتتفاوت فيها الأنظار . وإذا أخذت الجهة حاجتها وكان فى الريع بقية لم تصرف إليها لأنها بعد أن اكتملت لها كفايتها زال عنها وصف الأولوية بالنسبة للباقى فيصرف إلى أولى الجهات الأخرى وهكذا.

وإذا لم تكن جهة البر التى عينها الواقف موجودة ثم وجدت ثبت لها الاستحقاق من وقت وجودها ولا حق لها فى الغلات السابقة قبضت أو لم تقبض ، صرفت فى مصارفها أو لم تصرف ، لأن هذه الجهة قبل وجودها لم تكن مستحقة وكان الاستحقاق لهذه المصارف . ومتى وجدت هذه الجهة لم يكن لهذه المصارف أى حق فى الغلة بمقتضى أحكام هذه المادة من حين وجود هذه الجهة ، وقد نص القانون على حالة وجود الجهة بعد أن لم تكن واقتصر عليه ، أما النص على ذلك فهو زيادة لا حاجة إليها ، لأن هذا الحكم مفهوم من المادة بوضوح حيث أنيط فيها استحقاق هذه المصارف بعدم وجود تلك الجهة فمتى وجدت لم يبق لهذه

المصارف استحقاق ويكون الاستحقاق لها بشرط الواقف ، على أن هـذا الحكم مما تتناوله المادة ٣٥ . أما الاقتصار على وجودها فإنه لا يعنى أن هذا الحكم خاص بهذه الحال ولا يتناول الحالين الأخيرين بل الحكم فيهما كذلك ، فإذا لم تبق حاجة إلى الجهة التى عينها الواقف فترة من الزمن صرف الريع فى خلالها إلى المصارف التى بينتها هذه المادة فإذا عادت الحاجة إليها كانت هى المصرف المستحق من حين هذه العودة ولا شىء لهذه المصارف لأنها لم تجعل مصرفاً إلا لريع وقف على جهة لا حاجة إليها وذلك لا يكون موجوداً إذا عادت الحاجة ، أما عـدم استحقاق هذه المصارف فى النوع الرابع فالأمر فيه أوضح .

١١٢ — وأحكام هذه المادة كما تطبق على الأوقاف التى تصدر بعد العمل بهذا القانون تطبق على الأوقاف التى صدرت قبله كما هو نص المادة ٥٦ ولكنها لا تطبق على الأوقاف الواردة بالمادة ٦١ ومتى راعينا أن هذه المصارف طبقاً لمذاهب الحنفية قد يكون بعضها ليس من مصارف هذه الأوقاف وأن مايكون من مصارفها لا يكون الثابت له سوى أنه يصح الصرف إليه وليس له حق ثابت فى الغلة ، وأن هذا القانون جعل وجوب الحق لها لا يتم إلا باذن المحكمة ، وأن المادة ٥٩ تنص على أن من ثبت له استحقاق بمقتضى أحكام هذا القانون لا يكون له حق إلا فيما يحدث من الغلات بعد العمل بهذا القانون ، متى راعينا كل هذا عرفنا أن هذا القانون هو الذى أثبت الاستحقاق المحتم لهذه المصارف فلا يكون لها حق ثابت فى الغلات التى تحدث قبل العمل به ، وبهذا يظهر أن أحكام هذه المادة بطبيعتها لا تطبق على الحوادث السابقة .

١١٣ — أقوال الفقهاء — (ا) المصرف : يطلق فقهاء الحنفية كغيرهم اسم البر واسم الخير على كل أنواع الخير ، كانت صدقة أو لم تكن ، ولكنهم قالوا إنهما إذا ذكرا فى كلام الواقفين بإطلاق كان المراد بهما الصدقة وهى لا تكون إلا للفقراء فيكونون هم المصرف دون غيرهم من الجهات الأخرى التى لا تمليك فيها . قال فى الخانية : لو قال أرضى هـذه موقوفة على وجه البر ، أو على وجه الخير ، أو على وجه الخير والبر ، يكون وقفاً صحيحاً على الفقراء لأن البر عبارة عن الصدقة .

ولو قال أرضى هذه موقوفة على الجهاد أو فى الجهاد ، أو فى الغزو ، أو فى أكفان الموتى ، أو فى حفر القبور ، أو غير ذلك من سبل البر مما يتأبد فإنه يصح ويكون وقفاً على ذلك السبيل . وقال فى موضع آخر : والمراد بوجه البر ههنا وجه فيه تصدق بالغلة على نوع من الفقراء نحو فك الأسارى أو إعانة الغازى المنقطع لأن هؤلاء من أهل التصدق عليهم فجاز صرف الغلة إليهم ، فأما عمارة المسجد والرباط ونحو ذلك مما ليس بأهل للتملك لا يجوز صرف الغلة إليه لأن التصدق عبارة عن التمليك فلا يصح إلا ممن هو من أهل التملك[1] وقال هلال فى وقفه : أن الصدقات كلها للمساكين إلا أن يعلم أنه عنى بها غيرهم ألا ترى أن الله يقول فى كتابه « إنما الصدقات للفقراء والمساكين » ، وكل صدقة لا تضاف إلى أحد فهى للمساكين . وقال أيضاً إنه إذا وقف أرضه على المساكين لا يكفن من غلتها ميت ولا يبنى بها مسجد ولا يحج بها حجة وإنما هى للفقراء . وقال أيضا لو قال صدقة موقوفة أو موقوفة لله تعالى أبداً ، أو على وجوه البر أو للبر أو على وجوه الخير والبر يكون الوقف صحيحا وتصرف غلته للفقراء[2] . والأصل الجامع الذى ذكره هلال يشمل كل حالة لم يعين فيها مصرف غير الفقراء . وفى رد المحتار أن منقطع الأول ومنقطع الوسط يصرف كل منهما للفقراء ، وأن ما جاء فى الخيرية مخالفاً لذلك سبق قلم ، فلو وقف على ولد زيد ولا ولد له أو على من يحدث له من الولد فإذا أدركت الغلة صرفت للفقراء وإن حدث ولد بعد ذلك صرف إليه ما يأتى من الغلات لأن قوله صدقة موقوفة وقف على الفقراء وذكر الولد للاستثناء ، ولو وقف على مسجد أو على مدرسة هيأ مكان كل منهما ولم يبنه وقفاً صحيحاً صرفت الغلة للفقراء إلى أن يبنى المسجد أو المدرسة ، ولو وقف على ولديه ثم على أولادهما ومات أحدهما صرف نصيبه للفقراء حتى يموت الآخر فتصرف الغلة لأولادهما[3] . وفى الخانية رجل بسط من ماله حصيراً فى المسجد فخرب المسجد ووقع الاستغناء عنه فإن ذلك يكون له إن كان حياً ولورثته إن كان ميتاً . وكذلك

---

(١) جـ ٣ ص ٢٨٧ ، ٣٠١ (٢) ص (٤ — ١٢) ، ١٥٤ (٣) جـ٣ ص٤٥٢

لو اشترى حشيشاً أو قنديلا للمسجد فوقع الاستغناء عنه ، وعنـد أبى يوسف يباع ويصرف ثمنه إلى حوائج المسجد فإن استغنى عنه هذا المسجد يحول إلى المسجد الآخر والفتوى على قول محمد . ولو وقف دابة على رباط فخرب الرباط واستغنى الناس عنه تربط الدابة فى أقرب رباط إليه . والبئر المطوية بالآجر فى قرية خربت وانقرض أهلها وبقربها قرية أخرى يحتاج أهلها إلى الآجر لوضعه فى حوضهم قالوا إن عرف البانى عاد إلى ملكه وإلا فهو كاللقطة . والجنازة والنعش والمغتسل إذا خربت القرية لا ترد إلى ورثة الواقف وتحول إلى أقرب محلة ، وفرقوا بين هذا وبين المسجد إذا خرب ما حوله على قول محمد بأن هذا مما ينقل ولا يصير ميراثاً والمسجد لا ينقل إلى مكان آخر فصير ميراثاً[1] . وقال فى الفتح إذا صح عن محمد ما نقل فى الجنازة والملاءة والمغتسل كان رواية فى الحصر والبوارى[2] وهذا ونظيره مما ورد فى القنية وفى البحر وغيرهما حكم لأدوات الموقوف أو الأدوات الموقوفة كالدابة فى الرباط والجنازة إذا وقع الاستغناء وزالت الحاجة ، أما ريع الوقف إذا زالت الحاجة إلى من كان يستحقه فلم أعثر على كلام خاص به ، والفرق بينه وبين الأدوات الموقوفة فى غاية الوضوح والأمر فيهما مختلف ، فلم يبق إلا أن يعمل فى الريع بالقاعدة العامة وهى أن مالا مصرف له يكون مصرفه الفقراء . وفى القنية وقف مستغلا على أن يضحى عنه بعد موته من غلته كذا شاة كل سنة وقفاً صحيحاً ولم يضح القيم عنه حتى مضت أيام النحر يتصدق به ، ولو لم يكن فى المسجد إمام ولا مؤذن واجتمعت غلات الإمامة والتأذين سنين ثم نصب إمام ومؤذن لا يجوز صرف شىء من تلك الغلات إليهما . ولو وقف وقفه على أن يكون نصف الغلة لعالم بعينه والنصف الآخر لمن يختلف إليه من الطلبة فى درسه فلم يختلف إليه أحد فى سنة يتصدق بنصيبهم على الفقراء[3] . وفى الخانية أنه لو وقف أرضاً على عمارة المسجد على أن ما فضل عن عمارته يكون للفقراء فاجتمعت الغلة والمسجد غير محتاج إلى العمارة قال الفقيه أبو بكر البلخى رحمه الله تعالى تحبس الغلة لأنه ربما

---

(١) جـ ٣ ص ٢٩٣ ، ٣١١ ، ٣١٥ (٢) جـ٥ ص ٦٥ (٣) ص ١٢٨

يحدث بالمسجد حدث وتصير الأرض بحال لا تغل ، وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى الجواب كما قال . وعندى لو علم أنه لو اجتمع من الغلة مقدار ما لو احتاج المسجد والأرض إلى العمارة تمكن العمارة بها ويفضل تصرف الزيادة للفقراء على ما شرط الواقف ، وواضح من هذا أن الخلاف بين البلخى والهندوانى إنما هو فى مدى الحاجة إلى العمارة كما بسطه فى الأشباه ، وأنه على فرض عدم الحاجة لا يكون بينهما خلاف فى أن مصرف مازاد هم الفقراء ، ووضع المسألة هنا أن للواقف شرطاً فى ذلك ، ولكن الحكم لا يختلف فى الواقع إذا لم يكن هذا الشرط موجوداً ، فلو أنه وقف أرضه وقفاً صحيحاً على أن يصرف ريعها فى عمارة المسجد وسكت واجتمعت الغلة ولم تكن هناك حاجة قائمة وكان فيها مايفى بالعمارة المرتقبة ويزيد فإنها تصرف للفقراء على ما ذهب إليه الهندوانى لأنهم المصرف الأصلى للوقف فيستحقون ما زاد من الريع عن حاجة المصرف الاستثنائى الذى سماه الواقف ، وجاء فى الاشباه أن صاحبها سئل عن تقرير المرتبات فى الأوقاف فأجاب بأنها إن كانت من وقف مشروط للفقراء فالتقرير صحيح وإن لم تكن من وقف الفقراء لم يصح ولم يحل ، وأنه سئل عما لو قررت من فائض وقف سكت الواقف عن مصرف فائضه فأجاب بأنه لايصح أيضاً لما فى التتارخانية إن فائض الوقف لايصرف للفقراء ، وإنما يشترى به المتولى مستغلا وصرح فى البزازية وتبعه فى الدرر والغرر بأنه لايصرف فائض وقف لوقف آخر اتحد واقفهما أو اختلف ، هذا ماقاله ابن نجيم فى الأشباه ولكن الحموى فى حاشيته عليها نقل عن بعض المشايخ أن مافى التتارخانية ورد فى فائض وقف المسجد « وهى الخلافية بين البلخى والهنداونى الواردة فى قاضيخان » لا فى كل وقف وأنه استظهر أن ذلك لجواز احتياج المسجد إلى عمارة كثيرة ، وأنه ينبغى أن تكون أوقاف الرباط والمدارس فى حكمه بخلاف ما ليس من هذا القبيل من الأوقاف التى لاتحتاج إلى عمارة، ثم نقل الحموى أيضاً أن ماقاله صاحب الأشباه معارض بما فى فتاوى الإمام قاضيخان من أن للناظر صرف فائض الوقف إلى جهات بر بحسب مايراه . وعندى أنه لاتعارض وأن مافى

الخانية يجب أن يحمل على غير مسألة العمارة الخلافية وما فى التتارخانية خاص بالوقف على العمارة ، غير أنه مما يجب أن يراعى أن قاضيخان قد صرح بأن المراد بوجه البر وجه بر فيه نوع من التصدق على نوع من الفقراء دون وجوه البر الأخرى التى ليس فيها معنى التصدق ، وبهذا تستقيم النصوص جميعها ويكون حاصل ما يؤخذ منها متفقا مع ما قرره فقهاء الحنفيـــة من أن ما لا مصرف له مصرفه الفقراء ، ويكون كل ذلك مؤيداً للاستظهار الذى نقله الحموى عن بعض الفقهاء . وقال الحموى أيضاً فى صرف فائض وقف إلى آخر أن صاحب الأشباه أساء النقل فإن حاصل ما فى الدرر أنه إذا اتحد الواقف والجهة جاز للحاكم صرف فاضل أحدهما للآخر وإن اختلف أحدهما لا يجوز ، أما صاحب الأشباه فقد أطلق ، فلو بنى رجل مسجدين أو مدرستين ووقف لكل منهما وقفا مستقلا فاحتاج أحدهما وكان فى ريع ماوقف على الآخر فضل جاز للحاكم أن يصرف هذا الفاضل فى مصالح الآخر لأنهما كشىء واحد ، أما لو بنى رجلان كل منهما مسجداً ووقف عليه ، أو بنى رجل مسجداً ومدرسة ووقف على كل منهما فإنه لا يجوز صرف فائض الريع من وقف أحدهما فى مصالح الآخر[1] وهذه المسألة تعتبر استثناء مما قدمنا حيث جاز صرف فائض الوقف فى وجه بر ليس فيه معنى التصدق وقد كان السبب فى ذلك ما صرحوا به من اعتبار المصرفين مع اتحاد الواقف والجهة شيئاً واحداً ، فتكون فى الواقع مراعاة لهذا الاعتبار خارجة عن مسألة الفائض لكون المصرفين صارا مصرفاً واحداً وأحدهما فى حاجة إليه فلا يعتبر فائضاً .

ومما سبق جميعه يتضح أن حاصل مذهب الحنفية أن ريع الوقف يكون مصرفه الفقراء إذا لم يسم الواقف مصرفاً معيناً ، أو انقطع المصرف ابتداء أو انتهاء أو زاد الريع عن حاجة الموقوف عليه ، وأن فى معنى الحاجة إلى العمارة خلافاً مبناه الاحتياط والتشدد فيه ، وأنه متى كان مصرف الريع للفقراء فى هذه الأحوال

---

(١) جـ ١ ص ١٦٠

كان كالوقف عليهم نصا فلا يصرف فى وجه من وجوه البر التى لا يكون فيها معنى التصدق على الفقير كعمارة المسجد والرباط اللهم إلا أن يكون هذا الوجه معتبراً مع المصرف الأصلى الذى سماه الواقف بمثابة مصرف واحد ، وذلك فى صورة اتحاد الواقف والجهة ، فإنه يجوز الصرف إليه بإذن الحاكم وإن لم يكن فيه معنى التصدق على الفقير .

وقال المالكية إنه لا يشترط فى صحة الوقف ولزومه تعيين المصرف ، فيصح وقفه ويلزم وإن لم يعين مصرفا لاحين الوقف ولا بعده ويصرف الريع إلى الجهة التى تقصد غالبا بالوقف فى عرف أهل بلد الواقف فإن لم يكن لأهل بلده أوقاف أو كانت ولا غالب فيها صرف الريع إلى الفقراء أينما كانوا ، وقالوا إنه يشترط فى الموقوف عليه أن يكون من أهل التملك حقيقة كزيد والفقراء أو حكما كمسجد ورباط وسبيل ، ولكن لا يشترط فى أهل التملك أن يكون موجوداً حين الوقف أى يصح الوقف على من يكون أهلا للتملك بعد الوقف وتوقف الغلة إلى أن يوجد فيعطاها ما لم يحصل مانع من الوجود كموت ويأس منه فترجع الغلة للمالك أولورثته . وقد أسلفنا تفصيل ذلك فى لزوم منقطع الأول . وقالوا إذا لم يكن الوقف فى شأن منفعة عامة وانقطعت الجهة الموقوف عليها وكان الوقف مؤبداً صرف الريع لأقرب فقراء عصبة الواقف نسباً ويستوى فيه الذكر والأنثى ، فإن لم يكن له عصبة أو كانوا أغنياء صرف الريع لأقرب فقراء عصبتهم فإن لم يوجدوا صرف للفقراء على المشهور ، وإن كان الحبس فى شأن منفعة عامة كقنطرة ومدرسة ومسجد فخربت ولم يرج عودها ففى مصرف ريعه قولان : أحدهما أنه يصرف فى قُرْبَة أخرى أى قُرْبَة كانت، ماثلت الجهة الموقوف عليها أو لم تماثلها، والأخرى أنه يصرف لمثلها إن أمكن فيعطى ما للمسجد لمسجد آخر وما للمدرسة لمدرسة أخرى ، فإن لم يمكن صرف فى قربة أخرى . وإذا كان الوقف على الفقراء قدم أهل الحاجة على غيرهم وأهل العيال على غيرهم فإن استووا فى ذلك قدم الأقرب إلى الواقف[1] .

(١) الدسوقى ج ٤ ص٧٧، ٨٧، ٨٩ ، الخرشى ج ٥ ص١٠٠

وقال الشافعية إن الأظهر بطلان الوقف إذا لم يذكر الواقف مصرفه أو ذكر له مصرفاً متعذراً كوقفت كذا على جماعة، ولو قال ليصرف لفلان من غلته كذا وسكت عن باقيها صرفه الإمام فى مصالح المسلمين، والمذهب عندهم بطلان منقطع الأول كالوقف على من سيولد أو على مسجد سيبنى ثم على الفقراء. والأظهر عندهم أن منقطع الآخر مصرفه أقرب الناس إلى الواقف رحماً لا إرثاً لأن الصدقة على الأقارب أفضل القربات ولو لم يكن له أقارب أو كانوا كلهم أغنياء صرفه الإمام فى مصالح المسلمين، ومقابل الأظهر أنه يصرف بمجرد الانقطاع إلى الفقراء والمساكين ببلد الموقوف. أما منقطع الوسط، كوقفت على أولادى ثم على رجل مبهم لم يعين ثم على الفقراء فيكون مصرفه كمصرف منقطع الآخر إن عرف أمر الانقطاع وإلا صرف لمن يليه(1).

وقال الحنابلة إذا قال وقفت أو صدقة موقوفة وسكت ولم يذكر سبيله صح الوقف وصرفت غلته فى مصارف الوقف المنقطع. وإذا وقف على سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير، فسبيل الله هو الجهاد ويصرف ثلث الوقف إلى الغزاة وإن كانوا أغنياء ويصرف سائر الوقف إلى كل ما فيه أجر ومثوبة وخير لأن اللفظ عام فى ذلك، هكذا قال ابن قدامة وقال إن أصحابنا قالوا يجزأ الوقف ثلاثة أجزاء، يصرف ثلث للغزاة، وثلث إلى أقرب الناس من الفقراء إلى الواقف لأنهم أكثر الجهات ثواباً، والثالث يصرف إلى من يأخذ الزكاة لحاجته وهم خمسة أصناف: الفقراء والمساكين والرقاب والغارمون لمصلحتهم وابن السبيل وهذا مذهب الشافعى. واستدل لما ذهب إليه بأن اللفظ عام فلا يجب التخصيص بالبعض لكونه أولى كالفقراء والمساكين فى الزكاة لا يجب تخصيص أقاربه منهم بها وإن كانوا أولى. وكذلك سائر الألفاظ العامة. وإن أوصى فى أبواب البر صرف فى كل ما فيه بر وقربة، ونقل أن أصحابهم قالوا يصرف فى أربعة جهات: أقاربه غير الوارثين، والمساكين، والجهاد، والحج، وأن أبا الخطاب نقل عن أحمد فداء الأسارى مكان الحج، وقال إن وجه القولين ما تقدم. وإن كان الوقف منقطع الابتداء وكان قد

(1) التحفة جـ ٢ ص٣٢٢، ٣٢٣

وقف على من لا يجوز الوقف عليه ولم يذكر مصرفاً غيره بطل الوقف . وإن وقف على من لا يجوز الوقف عليه ثم على من يجوز الوقف عليه ففى صحته وجهان وهما قولان للشافعى ، وعلى القول بالصحة يصرف الريع فى الحال إلى من يجوز الوقف عليه إذا كان من لا يجوز الوقف عليه لا يمكن اعتبار انقراضه كالميت والمجهول والكنائس ، أما إن أمكن اعتبار انقراضه كأم ولده وعبد معين ففيه وجهان : الصرف فى الحال إلى من يجوز الوقف عليه ، والصرف إلى مصرف الوقف المنقطع . وقال إن منقطع الوسط كمنقطع الأول فى كل هذا[1] . أما منقطع الآخر فقد قدمنا أقوالهم فيه مفصلة فى انتهاء الوقف المؤقت . وقد قدمنا أيضاً القول الجامع الذى ذهب إليه الإمام ابن تيمية فيما سماه الواقف من مصارف وشروط وأن المصرف الذى سماه الواقف لا يلزم ولا يتعين الصرف إليه إذا كان غيره أصلح منه ، حتى لو وقف على الفقهاء والصوفية واحتاج الناس إلى الجهاد صرف إلى الجند ، نظراً إلى أن المقصد الأصلى هو القربة ومتى تكون أتم فيما هو أصلح[2] .

ب — المراد من الأقارب — وردت مادة القرابة فى الكتاب العزيز فى مواطن عديدة وفى السنة ، ووردت فى شأن الوصية والصدقات والبر والإحسان والأنذار وغير ذلك ، ووردت فى بعض المواضع بلفظ الأقربين وفى بعض آخر بلفظ ذوى القربى . وقد اختلف العلماء فى معناها وفيما أريد منها فى القرآن وفى السنة وانبنى على هذا الخلاف اختلافهم فيما يراد منها فى كلام الموصين والواقفين وغيرهم ، وجملة ما قاله العلماء والمفسرون والفقهاء فى ذلك هو الأقوال الآتية .

(١) أنها شاملة لكل من يجمعه مع الشخص أب واحد ، فى الجاهلية أو فى الإسلام ، ممن يرجع إليه بآبائه أو بأمهاته . وهذا هو اختيار الطحاوى من الحنفية . (٢) أنها تشمل كل من يجمعه أبعد أب له فى الإسلام من الرجال ، القريب والبعيد والمحرم وغيره فى ذلك سواء . قال بهذا أبو يوسف ومحمد من أصحاب أبى حنيفة . (٣) أنها لعشرة آباء . (٤) أنها لسبعة آباء . (٥) أنها لستة آباء .

---

(١) المغنى ج ٦ ص ٢١٤ ، ٢١٩ (٢) ص ٢٠٠

(٦) أنها لأربعة آباء لا يدخل فى حسابهم ذو القرابة . (٧) أنها لثلاثة آباء لا يدخل القريب فى حسابهم . وهذا قول يوسف بن خالد السمتى من الحنفية وبعض الأباضية . (٨) أنها الطبقة القربى منه دون البعدى ولا تشترط المحرمية . قال بهذا زفر ابن الهزيل من أصحاب أبى حنيفة . (٩) أنها كل من يجتمع معه فى الأب الذى يعرف به إذا نسب ، وكذلك كل من يجتمع مع أمه فى الأب الذى تعرف بالنسبة إليه . وهذا رأى ابن حزم . (١٠) أنها الأولاد فقط . (١١) أنها تشمل كل ذى رحم محرم منه ولكن يقدم الأقرب فالأقرب وتفضل قرابة الأب على قرابة الأم . وهذا قول الإمام أبى حنيفة . ولكنها لا تشمل الأبوين ولا ولد الصلب لأن كلا منهم أقرب من أن يقال له قرابة . وفى الإسعاف أن القرابة تتناول النافلة وإن نزلت ، والأجداد والجدات من قبل الآباء والأمهات وإن علوا ، ويدخل المحارم وغيرهم من أولاد الإناث وإن بعدوا ، وهذا عندهما ، وعند أبى حنيفة تعتبر المحرمية والأقرب فالأقرب للاستحقاق ، وليس ابن الابن والجد من القرابة عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وعند محمد هما منها فيدخلان ، وفى الزيلعى ويدخل الجد والجدة وولد الولد فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنهم لا يدخلون[١] . وقال القهستانى أن قول الإمام هو الصحيح كما فى المضمرات[٢] . ونقل ذلك ابن عابدين فى رد المحتار[٣] . وقواه بأن عليه المتون فى كتاب الوصايا ، ولكن هلالا لم يجر على قول الإمام فى اشتراط المحرمية ولا فى البدء بالأقرب إن لم ينص الواقف أو الموصى على البدء به وهذا هو الذى يجرى عليه العمل بالمحاكم الشرعية .

والبطن الأدنى إلى المرء هو ونسله أقرب إليه من البطن الأبعد ونسله ، فولد الأب ونسلهم أقرب من ولد الجد ونسلهم ، وهؤلاء أقرب من أب الجد ونسلهم وهكذا فالأخوة والأخوات ونسلهم أقرب من الأعمام والعمات وذرياتهم ، ولا تراعى قوة القرابة وعدمها ، ولا قرب الدرجة وبعدها بين أهل البطون المختلفة ، فبنت

(١) ص ٩٢ (٢) جـ ٢ ص ٣٩٣ (٣) جـ ٣ ص ٤٧٩

بنت الأخت لأم أقرب من العم الشقيق . و إذا كانت القرابة من بطن واحد كانت العبرة بقرب الدرجة وحدها ولا عبرة بقوة القرابة، فبنت البنت مقدمة على ابن ابن الابن ، والأخ لأم أقرب من ابن الأخ الشقيق . و إذا استوى أهل البطن الواحد فى الدرجة فالعبرة بقوة القرابة ، فالأخ الشقيق أقرب من الأخ لأب ومن الأخ لأم . وقال أبو يوسف ومحمد إن قرابته من جهة أبيه وقرابته من جهة أمه سواء ، ذكوراً كانوا أو إناثاً أو مختلطين،وقال أبو حنيفة إن قرابة الأب أقوى من قرابة الأم ، فلوكان له أخ لأب وأخ لأم كان الأخ لأب هوالأقرب عند أبى حنيفة وهما سواء فى القرابة عندهما ، والأخت لأب أقرب من الأخ لأم عنده، وهما سواء عندهما ، والعم مقدم على الخال عنده ، وهما سواء عندهما ، وهكذا يكون الخلاف فى جميع البطون وحكم الفروع كحكم الأصول ، وبنت البنت مقدمة على الجد لأم والجد لأم مقدم عند أبى حنيفة على بنت الأخ ، شقيقاً كان أو لأب أو لأم ، وعندهما بنت الأخ مقدمة على هذا الجد[1] .

(جـ) معنى المحتاج ، جاء فى هلال[2] والخانية[3] أن الفقر هو الحاجة وأن الفقير والمحتاج بمعنى واحد ، وقالو إن المسكين هو من لاشىء له وهو المحتاج لقوته وما يوارى بدنه ، وأن الفقير هو من يملك نصاباً أو أقل منه ويكون فاضلا عن دينه ولكنه مستغرق فى حاجته كدار السكنى وعبيد الخدمة وثياب البذلة وآلات الحرفة وكتب العلم للمحتاج إليها تدريساً أو حفظاً وتصحيحاً ، فالمسكين أسوأ حالا من الفقير ، وقيل على العكس، والأول أصح[4] قال فى الخانية و إن كان له فضل من متاع البيت أو الثياب وذلك الفضل يساوى مائتى درهم فهو غنى لا تحل له الزكاة ولا أخذ الوقف ، وكذا لوكان له مسكنان أو خادمان وأحدهما يساوى مائتى درهم فهو غنى فى حكم الوقف ولا يكون غنياً فى وجوب الزكاة فى قول أصحابنا ، وقال السمتى إذا كان الفضل خمسين درهماً أو ما يساوى خمسين درهما فهو غنى

---

(١) هلال ص ١٧٩ — ١٨٦ الخصاف ص ١٧٣ — ١٧٧ والاسعاف ص ٩٤
(٢) ٢٢٨ (٣) جـ ٣ ص ٣٢٧ (٤) رد المحتار جـ ٢ ص ٦٠

لا يحل له أخذ الزكاة والوقف ، وإن كان له فضل من الثياب وفضل من متاع البيت وفضل مسكن ، وفضل كل صنف بانفراده لا يساوى مائتى درهم وإذا جمعت بلغت مائتى درهم كان غنياً ، وإن كان له أرض تساوى مائتى درهم ولا يخرج من غلتها مايكفيه قال أبو يوسف هو غنى وبه أخذ هلال فلا يعطى له شىء من الوقف ولا من الزكاة ، وقال محمد بن سلمة ومحمد بن مقاتل هو فقير ، وقال الفقيه أبو جعفر إن كان لا يخرج من غلتها مايكفيه لنقصان فى الأرض فهو فقير ، وإن كان لقلة تعاهده والقصور فى القيام عليها فهو غنى ، وما قال أبو يوسف أحوط ، وما قال ابن سلمة أوسع . ومن كان ماله كثيراً غائباً أو كان ديناً لا يقدر على أخذه يعطى من الوقف والزكاة جميعاً لأنه بمنزلة ابن السبيل ، وإن كان له دين على ملىء منكر وكانت له بينة فهو غنى وإن لم يكن له بينة فهو فقير لأن الجاحد إذا استحلف يحلف ظاهرا [1] . ويكون الفقير غنياً بغنى غيره إذا كانت النفقة تفرض له عليه وكان لا يحل له أن يأخذ من زكاة ماله وذلك هو الفقير من الزوج والأصول والفروع ، أما من عدا هؤلاء فإن الفقير منهم لا يكون غنياً بغناه ، فلو كان قريب الواقف غنياً وأولاده لصلبه فقراء ، صغاراً كانوا أو أناثاً أو زمنى ، لا يعطون من الوقف ، وغنى والدهم غنى لهم ، أما أولاده الكبار الفقراء غير الزمنى فإنهم يعطون لأنهم فقراء لا تفرض نفقتهم عليه . وإذا كان للقريب الغنى ابن فقير ولهذا الابن ابن فقير أيضاً أعطى الابن ولا يعطى لابن الابن إذا كان صغيراً أو زمناً لأن نفقته تفرض على جده وإذا كان الابن زمناً وأولاده صغار فلا يعطى أحد منهم ، وولد المرأة الغنية وولد ولدها بمنزلة ولد الرجل الغنى . والمرأة الفقيرة إذا كان لها زوج غنى لا تعطى من الوقف لأن فريضتها على زوجها ، وإن كان الزوج فقيراً وله امرأة غنية يعطى من الوقف لأنه لا نفقة له على زوجته . والفقير ، رجلا كان أو امرأة ، غنى بغنى ولده وولد ولده وجده وجدته ولا يكون غنياً بغنى الأخ والأخت والعم والعمة والخال والخالة وابن الأخ وابن الأخت وإن كانت النفقة تفرض له على هذه

---

(١) جـ ٣ ص ٣٢٦

القرابة لأنهم يجوز لهم أن يأخذوا من زكاة ماله . ورد هذا جميعه فى هلال وغيره .

(د) — معنى الكفاية — قال فى الخانية : رجل وقف ضيعة على رجل وشرط أن يعطى كفايته كل شهر وليس له عيال فصار له عيال فإنه يعطى له ولعياله كفايتهم لأن كفاية العيال من كفايته(١) . وقال الخصاف إن عيال المرء هم كل من يكون فى نفقته ، فتدخل فيهم امرأته وولده وكل من يكون فى نفقته من ذى رحم محرم منه أو من غير ذى الرحم (٢) . وقال هلال أن عياله هم الذين يكونون فى نفقته ومؤنته وأن الحشم هم الذين يعولهم سوى ولده وقرابته وقد قال أصحابنا هم بمنزلة العيال (٣) . فلا يشترط فيمن يعوله أن تكون نفقته واجبة عليه ولا أن يكون زوجة ولا ولداً ولا قريباً وإنما العبرة بقيامه بالإنفاق عليهم .. والكفاية تختلف باختلاف الناس والبيئات كما قرروا ذلك فى نفقة الأولاد ، فلكل محتاج كفاية مثله .

(هـ) — صرف الذرية والوالدين والقرابة . (١) ورد فى هلال وفى الخصاف وغيرهما أنه لو وقف فى وجوه البر وأطلق أو وقف على الفقراء ولم يسم فى غلة وقفه شيئاً لأحد وكان له ولد أو نسل أو والدان أو قرابة فقراء جاز صرف الغلة إليهم كما يجوز صرفها إلى غيرهم من الفقراء ، وصرفها إليهم وإلى غيرهم ، لأن المستحق للغلة هو الفقير أى فقير كان ، قريباً كان أو غير قريب ، إلا أنهم استحسنوا تقديم القرابة على غيرهم من طريق النظر إليهم ولأن الصدقة على الفقير القريب أعظم أجراً من الصدقة على غيره ، وقالوا إنه لو وقف فى وجوه سماها وكان له قرابة محتاجون وكانوا من ذلك الوجه يعطون ويبدأ بهم قبل سائر أهل ذلك الوجه ، أما إذا لم يكونوا من أهل ذلك الوجه فإنهم لا يعطون ولا يصرف من ذلك إلا فى وجهه ، فلو وقف على الغارمين أو أبناء السبيل أو طلبة العلم وكان قرابته من هذا الوجه أعطوا وبدىء بهم كما يبدأ بفقرائهم فى وقفه على الفقراء وإن لم يكونوا منهم لا يعطون شيئاً ، ولا يعطى فقراء قرابته مما وقفه على الحج والجهاد وعمارة المساجد وبناء السقايات والربط . ولو جعل غلة وقفه نصفين ، نصفاً للفقراء ونصفاً لفقراء

(١) جـ ٣ ص ٣٣ (٢) ص ٤٣ (٣) ص ١٨٨

قرابته ، وكان ما سمى لفقراء قرابته لا يكفيهم لا يعطون مما جعل للفقراء لأن الواقف سمى لهم شيئاً معلوماً فلا يزادون عليه ، وكذلك لو جعل النصف للفقراء والنصف لقرابته أو لولده ونسله . وإذا وقف أرضاً له على المساكين ووقف أرضاً له أخرى على فقراء قرابته وكان فى وقف القرابة ما يغنيهم لا يعطون من وقف الفقراء وإن لم يكن فى وقف القرابة ما يكفيهم يكمل لهم الغنى من وقف الفقراء . وإن كان الوقفان فى عقدة واحدة أعطى القرابة ما وقف عليهم لا يزادون عليه ويكون بمنزلة ما لو وقف وقفاً واحداً وجعل نصفه لفقراء القرابة والنصف الآخر للفقراء والمساكين . وإن وقف أخوان شقيقان ، أحدهما على فقراء القرابة والآخر على المساكين ، فإن كان فى وقف القرابة غنى لهم لا يزادون وإن لم يكن فيه غنى أكمل لهم الغنى من الوقف الآخر سواء أكان ذلك فى عقدة واحدة أم فى عقدتين ، وإذا كان أهل بيت لهم وقوف كثيرة منها ما هو على الفقراء منهم ومنها ما هو على الفقراء والأغنياء ومنها ما هو على المساكين ، فما كان على الفقراء والأغنياء قسم على شرط الواقف ، وما كان على فقرائهم قسم على شرطه أيضاً ، وما كان على المساكين لا يعطى منه الأغنياء ولا من أخذ قدر الغنى من هذا الوقف ، ومن كان فقيراً أكمل له قدر الغنى من وقف المساكين لأن هذا هو نصيبه منه ، ويحسب عليه كل ما يصل إليه من الغلات ثم يكمل له . وإذا كان قرابته الفقراء من غير أهل البلد الذى كان فيه الوقف لا يعطون من ذلك وإن أعطاهم المتولى لم يكن ضامناً ، وهو بمنزلة الزكاة تقسم فى بلد المزكى . وقال هلال إنه إذا قال أرضى صدقة موقوفة بعد وفاتى على المساكين وأنفذ ذلك ثم احتاج أحد من ولده لا يعطون من الغلة شيئاً لأن هذه وصية ولا تجوز لوارث وصية ، أما إذا احتاج ولد الولد ولم يكونوا من الوارثين فإنهم يعطون لأن الوصية لهم جائزة ، وفى الخانية أن هلالا قال إن الولد لا يعطون شيئاً من الغلة إلا إذا كان الوقف فى صحته ولم يضف إلى ما بعد الموت(1) . ولعل قاضيخان أخذ مسألة الصحة من عنوان الباب(2) .

---

(1) جـ ٣ ص ٣٣٠ (2) هو (باب الرجل يقف أرضاً له فى صحته على الفقراء) .

أما الخصاف فقال إنهم يعطون من غلة ما أضيف إلى ما بعد الموت وإنها ليست وصية لهم وإنما هى وصية للفقراء وأن بعض فقهاء البصرة قال إنه لا يعطى منها أحد ممن يرث الواقف . وإذا كان للواقف قرابة فقراء فلم يعطوا شيئاً فإنهم لا يعطون لما مضى ، وإن استغنى واحد منهم لا يعطى ، وإن مات واحد منهم وهو فقير بعد مجىء الغلة لا يكون ماله لورثته ، ومن افتقر منهم بعد مجىء الغلة أعطى ، وينظر إلى من كان فقيراً منهم يوم تقسم الغلة ، ولا يشبه هذا الوقف على فقراء قرابته لأنه إذا وقف عليهم فقد جعل له حقاً ثابتاً حتى لو دفع المتولى الغلة إلى غيرهم من الفقراء يكون ضامناً .

(٢) ويعطى كل واحد منهم قوته أو أقل من مائتى درهم . وإذا أنفق ما أعطى وصار فقيراً لا شىء له وقد بقى من غلات الصدقة بقية أعطى مما بقى منها إذا كان يعلم أنه أنفق ما أخذ فيما لا بد له منه وفى إصلاح وأنه لم ينفقها فى فساد لأنه إنما يعطى للفقراء وهو حين الإعطاء الثانى منهم وإن كان له ولد وولد ولد وقرابة كلهم فقراء والغلة لا تسعهم جميعاً يبدأ بولد الصلب فيعطى كل واحد منهم أقل من مائتى درهم فإن فضل شىء أعطى منه ولد الولد كذلك ، يبدأ بالأقرب منهم إلى الواقف . فالتقديم بينهم يكون بالقرب لا بشدة الحاجة . ولم أقف على من صرح بحكم ما لو استووا فى القرب ولم تسع الغلة أقواتهم ، والظاهر من أقوالهم وتعليلاتهم أنها تقسم بينهم بنسبة كفاياتهم . وقال فى الخانية : رجل وقف فى صحته أرضاً على الفقراء فاحتاج بعض ورثة الواقف قالوا يجوز صرف الوقف إليهم وهم أولى من سائر الفقراء بأحد شرطين ، أحدهما أن يصرف البعض للورثة والبعض إلى الأجانب ، أو الكل إليهم فى بعض الأوقات ، لأنه لو صرف الكل إليهم على الدوام لظن الناس أنها وقف عليهم فربما يتخذونه ملكا[1] . وهذا مخالف لما هو واضح من كلام هلال والخصاف وتوجيهه فى غاية الوهن ، ولعل هذا هو السر فى تعبير قاضيخان بكلمة « قالوا » التى كثيراً ما تدل على التبرى والضعف .

---

(١) جـ ٣ ص ٣٣٠

(٣) والمحتاج من قرابة الواقف أحق بغلة الوقف من سائر المساكين ، ويجبر الناظر على تقديمهم وتدفع الغلة إليهم ولكنه لو لم يفعل وأعطى الغلة كلها لغيرهم لم يكن ضامناً ، والأمر فيها كالزكاة والصدقة يؤمر بوضعهما فى فقراء قرابته فإن أعطاها غيرهم أجزأه ذلك . ولو أن القاضى جعل لفقراء القرابة حظاً فى الغلة وأعطاه لهم ، أو أمر الواقف أو متولى الصدقة بإجرائه عليهم مرة فى السنة أو كل سنة لم يكن إعطاؤه ولا أمره حكماً لازماً وكذلك يكون تقديره لما يعطى لكل واحد منهم ، وله الرجوع عنه ولغيره نقضه ، ولو خالف الواقف أو القيم لا يكون ضامناً وإن كان يجبر على الدفع إليهم ، لأن إعطاء القاضى أو أمره لم يكن حكماً منه لهم وإنما كان هذا رأياً منه . أما إذا احتاج القريب الفقير ورفع الأمر إلى القاضى فجعل ما يعطى له حقاً ثابتاً له فى هذه الصدقة وقضى بذلك وأتى فيه بحكم مفسَّر مؤكد وجب له وكان على الناظر أن يعطيه له وإذا خالف فى ذلك كان ضامناً وإذا رفع ذلك إلى قاضٍ آخر يرى خلافه أمضاه ، وجملة القول أن أمر القاضى إن خرج مخرج الرأى والإفتاء لا يكون مقرراً لحق ولا تكون مخالفته موجبة للضمان ، أما إذا كان على سبيل الإلزام فإنه يكون مقرراً وإذا خالفه الناظر كان ضامناً . والإلزام كما يكون من طريق القضاء القولى (المحكمة القضائية) يكون من طريق القضاء الولائى (محاكم التصرفات) . والفقير القريب وإن لم يكن له حق ثابت واجب له على التعيين قد رأى الفقهاء أن ما له من حق التقدم وجبر وإلى الصدقة على الإعطاء إليه يكون كافياً لجواز الدعوى والخصومة منه والحكم له كما يظهر ذلك جلياً من كلام هلال والخصاف وما علق به العلامة البحراوى على هذا الموضع من وقف هلال ، فإذا سلك الفقير القريب أىَّ الطريقين حسب نظامنا القضائى الحاضر جاز ذلك له فقهاً وإن خالف فى ذلك بعض المحاكم .

١١٤ — وليس فى أحكام هذه المادة خروج عن مذهب الحنفية ، اللهم إلا فى جواز الصرف إلى جهة من جهات البر ليس فى الصرف إليها معنى التصدق ، كبناء المساجد وعمارتها ، من غلة وقف الفقراء فى الأحوال الواردة بهذه المادة ، وهذا

صحيح على أحـد القولين فى مذهب المالكية فى بعض الأحوال وعلى ما قرره الإمام ابن تيمية فى جميع الأحوال .

أما الحد من حرية الناظر فى التصرف فى ريع الوقف فى الأحوال الواردة بالمادة فلا ريب فى أنه من حق ولى الأمر وله أن يقرره متى رأى فيه المصلحة ، وحق ولى الأمر وقضاته فى الإشراف على النظار ومراقبتهم أصل مقرر فى الشريعة لا نزاع فيـه .

وقد اختار القانون أن يحدد جهة معينة من الجهتين (القضائية والولائية) ضبطاً للأمر ومنعاً لاختلاف المحاكم ، ورأى أن محاكم التصرفات أولى بنظر هذا الموضوع من المحاكم القضائية لأنه أشبه بالأعمال الولائية وأقرب إليها من أن يكون فصلا فى خصومة ونزاع واعتبر إذنها أمراً ملزماً وحكماً مقرراً حتى لو أن المتولى لم يؤد ذلك إليهم أجبر عليه ولو صرف ما قرر لهم إلى غيرهم من المحتاجين كان ضامناً .

(٢) الإقرار بالاستحقاق ، والتنازل عنه ، والإقرار بالنسب

ماده ٢٠ — يبطل إقرار الموقوف عليه لغيره بكل أو بعض استحقاقه كما يبطل تنازله عنه .

مادة ٢١ — إقرار الواقف أو غيره بالنسب على نفسه لا يتعدى إلى الموقوف عليهم متى دلت القرائن على أنه متهم فى هذا الإقرار .

١١٥ — يرمى القانون بتقرير الأحكام الواردة فى هاتين المادتين إلى محاربة بعض الطرق التى فشا اتخاذها وسيـلة إلى إدخال غير الموقوف عليهم فى الوقف وجعلهم من المستحقين فيه رغم إرادة الواقفين وما ينوه فى كتب أوقافهم ، وهى الإقرار بالاستحقاق للغير ، والتنازل عنه ، والإقرار بالنسب على النفس . والإقرار بالنسب على الغير لم يذكر له حكم خاص لأنه مندرج تحت الإقرار بالاستحقاق كما يتضح ذلك فيما يلى .

١١٦ (ا) — الإقرار بالاستحقاق ، نص فى المادة ٢٠ على بطلان الإقرار من

الموقوف عليه لغيره باستحقاقه كله أو بعضه . ومعنى بطلان هـذا الأقرار أنه يعتبر لغوا ولا يترتب عليه أثر فى الوقف ولا فى استحقاق غلته ومنافعه فلا ينتفع به المقر له ولا يثبت له استحقاق بمقتضاه ولا يعامل به المقر ولا يبطل بمقتضاه شىء من استحقاقه لا فى حياة المقر له ولا بعد موته .

و إقرار الموقوف عليه ورد فى المادة عاما شاملا لجميع صور هذا الاقرار . فهو يتناول الأقرار الشفوى والأقرار الكتابى ، والأقرار بمجلس القضاء والأقرار خارجه والأقرار الذى يصدر به إشهاد والأقرار الذى لم يصدر به أشهاد . ويتناول أيضاً الأقرار الذى ينفرد به المقر والأقرار الذى يأخذ صورة تصادق بين المقر والمقر له خاصة، أو صورة تصادق عام بين جميع المستحقين . ويشمل الأقرار الذى يظهر أنه كان فى مقابلة عوض والأقرار الذى لم يتبين أنه كان من أجل ذلك ويشمل كل إقرار خالف شروط الواقف سواء أ كانت مخالفته قد نشأت عن جهل بهذا الشرط أوعن خطأ فى فهمه أوعن قصد إلى مخالفته أوعن أى باعث آخر. وكما يتناول الأقرار الصريح بالاستحقاق يتناول الأقرار به دلالة وضمنا . فلو أن ما جاء بكتاب الوقف مثلا كان يقضى بأن يكون للذكر ضعف الأنثى ، أو أن ولد من مات لا يستحق قبل أنقراض طبقة أصله ، أو أن نصيب من مات عقيما يعود إلى أصله ، ولكن والى الصدقة قسم غلتها بين المستحقين على خلاف هذا سنين وأقر المستحقون هذا الصنيع كتابة أو عملا ثم تمسك بعضهم بما جاء فى كتاب الوقف لم يمنعه إقراره الضمنى السابق ويكون له الحق فيما يطالب به طبقاً لشرط الواقف لأن إقراره باطل . ومن الإقرار الضمنى إقرار الموقوف عليه بالنسب على نفسه أو على غيره إذا كانت معاملته بهذا الإقرار تؤدى إلى استحقاق المقر له لنصيب المقر أو بعضه ، كما لو كان الوقف على الأولاد والذرية مرتب الطبقات وانقرضت الطبقة الأولى معروفة النسب فأقر أهل الطبقة الثانية أو واحد منهم لآخر بأنه ابن الواقف لصلبه أو كانت الطبقة الأولى باقية فأقر بعض الأولاد المعروفين لآخر بأنه ابن الواقف أو كان الوقف على الذرية أو القرابة غير مرتب الطبقات فأقر أحد الموقوف عليهم بابن وثبت نسب المقر له منه بهذا الإقرار

فمثل هذه الأقارير ليست أقارير بالاستحقاق مباشرة ولكنها تتضمن الإقرار باستحقاق المقر له لأنه إقرار له بتحقق الوصف الذى أنيط به الاستحقاق فيه ، وسيان أن يكون الإقرار له بأنه مستحق أو باتصافه بسبب الاستحقاق ، فكل منهما إقرار بالاستحقاق ويكون باطلا لا يستفيد منه المقر له ولا يؤثر فى استحقاق المقر ، ومثل هذا ما لو ادعى آخر القرابة والاستحقاق فشهد له بعض الموقوف عليهم بالقرابة ولم تقبل شهادتهم لسبب من الأسباب وتمحضت لأن تكون إقراراً بالنسب على الغير يتضمن إقراراً بالاستحقاق فإنه يكون إقراراً باطلا لا ينفع المقر له ولا يعامل به المقر . والنص بظاهره يتناول ما إذا كان الإقرار متفقاً مع ما جاء بكتاب الوقف ، غير أن هذا ليس بمراد قطعاً وحكمة التشريع وما جاء بالمذكرة التفسيرية يعينان أن الكلام فى الأقارير التى تخالف ما جاء بكتب الواقفين لا فى سواها ، على أن القول بصحة الأقرار الموافق لكتاب الوقف أو عدمها من المسائل النظرية المحضة التى ليست لها هنا قيمة عملية كما يظهر ذلك بأدنى تأمل .

والاستحقاق الوارد بالمادة ٢٠ الذى يبطل الاقرار به هو ما يطلق عليه الفقهاء اسم الحق المجرد وحق الاستحقاق ، أى كونه مستحقاً ، ولا يراد منه المستحَقّ أى العين المملوكة ، فإن غلة الوقف متى حدثت تكون مملوكة للمستحق وإن لم يقبضها ويكون حكمها كحكم سائر أملاكه لا حجر عليه فى التصرف فيها وله أن يقر بها لغيره وأن يتصرف فيها أىّ تصرف جائز ، وليس فى الإقرار بها للغير أى مظهر من مظاهر جعل غير الموقوف عليه مستحقاً فى الوقف ولا محادة لإرادة الواقفين وما اشترطوه فى أوقافهم . وإقرار الموقوف عليه بكل استحقاقه يكون بإقراره للغير بجميع الحصة التى جعلت له على وضع يستغرق وقت استحقاقه كله أما الأقرار ببعض هذه الحصة طول مدة الاستحقاق أو فى بعضها أو بجميع هذه الحصة فى بعض هذه المدة فإنه إقرار ببعض الاستحقاق . وإقرار الموقوف عليه المتقدم للموقوف عليه المتأخر بأنه هو المتقدم عليه إقرار للغير باستحقاقه ، وقد يظهر أنه إقرار بكل الاستحقاق إذا مات المقر قبل المقر له ، وقد يظهر أنه إقرار ببعض

الاستحقاق إذا مات المقر له قبل المقر ، فهو إقرار باطل على كل حال .

والموقوف عليه قد يكون مستحقاً وقد لا يكون مستحقاً بالفعل ، فإقراره للغير بحق فى الوقف باطل ، كان مستحقاً بالفعل حين الإقرار أو لم يكن ، لأنه على كل حال إقرار من الموقوف عليه بما يخالف ما جاء بكتاب الوقف . و يبطل إقرار أى موقوف عليه و إن كان الواقف نفسه ، وليس من الممكن تصحيح إقرار الواقف الموقوف عليه باعتباره تغييراً منه فى مصارف وقفه لأن إقراره ليس إلا إخباراً بما يزعم أنه قد كان لا إنشاء أمر لم يكن من قبل فلا يمكن اعتباره تغييراً ، على أننا لو سلمنا بأنه ينطوى على التغيير فى المصرف فإنه لا يكون صحيحاً أيضاً إذ من شرط صحة التغيير أن يكون صريحاً ولا ريب فى أن التغيير فى صورة الإقرار تغيير ضمنى لا تغيير صريح . والقانون لم يعرض لغير إقرار الموقوف عليه نفسه ولغير إقراره باستحقاقه هو ، فلم يعرض لإقرار ولى المستحق ووصيه ووكيله وممثله ولا لإقرار الناظر والواقف إذا لم يكن كل منهما موقوفاً عليه ، ولا لإقرار الموقوف عليه إذا لم يمس نصيبه ، لم يعرض لكل هذا ولم يكن فى حاجة إلى أن يعرض له لأن كل هذه الأقارير لم تكن معتبرة قبل صدور هذا القانون . ويبطل إقرار الموقوف عليه باستحقاقه لغيره أى غير كان ، جهة كان أو غير جهة ، كان من أهل الوقف بمقتضى كتابه أو لم يكن منهم .

١١٧ (ب) — التنازل (١) عن الاستحقاق : كما أبطل القانون إقرار الموقوف عليه بالاستحقاق أبطل التنازل عنه . ومعنى التنازل عن الاستحقاق النزول عنه وتركه . وترك الحق فى الاستحقاق قد يكون إسقاطاً محضاً ليس فيه تمليك لأحد وقد يكون بالنزول عنه لمعين وتمليكه إياه ، و إذ ذاك يكون معنى هذا النزول هو إخراج نفسه من الوقف و إدخال الآخر فيه بدلا منه . ونزول الموقوف عن حقه

---

(١) لم أره فى متون اللغة إلا بمعنى المنازلة فى الحرب وهو فى استعمالنا العام بمعنى النزول والترك وربما كان السر فى استعمال صيغة المفاعلة فى هذا المعنى أن النزول فى الأعم الأغلب يكون فى مقابل ، فيكون فى التصرف نزول من الجانبين .

لغيره قد يكون نظير عوض وقد لا يكون والضمير فى كلمة « عنه » راجع لأحد المتعاطفين بأو « كل أو بعض » فالحكم يتناول النزول عن الكل أو البعض ، وقد أطلق القانون الحكم ببطلان تنازل الموقوف عليه عن كل استحقاقه أو بعضه فكان شاملا لجميع الأحوال السابقة ، غير أنه إذا كان الموقوف عليه الذى نزل عن استحقاقه هو الواقف نفسه وكان نزوله لغيره قدصدر به الأشهاد المبين فى المادة الأولى كان تصرفاً صحيحاً لأنه تغيير صريح فى مصرف وقفه وقد توافرت له كل شروط الصحة فيجب القول بها جمعاً بين نصوص القانون .

والتنازل كلمة عرفية لا يفهم منها عادة إلا ترك الحق الثابت المؤكد ولا تتناول رد الحق الذى يملك صاحبه رده قبل أن يتأكد هذا الحق ، فالتنازل الوارد فى المادة لا يتناول رد الموقوف عليه للوقف قبل قبـوله فإذا حصل التنازل بمعنى الاسقاط المجرد قبل القبول صراحة أو دلالة كان رداً للوقف لا تنازلا بالمعنى المتعارف ويكون صحيحاً وإذا كان بعد القبول كان تنازلا بالمعنى المتعارف و يبطل أما التنازل عن هذا الحق لغيره فهو باطل على كل حال لأنه تمليك لهذا الحق من قبله فهو دال على قبوله لهذا الحق اقتضاء .

١١٨ — (ج) — عدم تعدى الاقرار بالنسب : بينا من قبل أن الإقرار بالنسب على الغير مما يندرج تحت الإقرار بالاستحقاق . والإقرار بالنسب على النفس يكون بالأبوة وبالبنوة وبالأمومة فحسب على الصحيح ، وثبوت النسب بهذا له شروط مبينة فى محلها من كتب الفقه ولا حاجة بنا إلى إيرادها هنا ، وإذا كان الإقرار بالنسب على النفس ليس مما يثبت به النسب فالأمر فيه واضح ، أما إذا كان إقراراً يثبت به النسب فإن القانون لم يعرض لصحته ولا لبطلانه ولا لثبوت النسب به وعدم ثبوته وترك ذلك للتشريع الخاص به ، واقتصر على الحكم بأنه لا يتعدى المقر والمقر له إلى الموقوف عليهم أى أنه لا يؤثر فى استحقاق الموقوف عليهم أى تأثير ومن هذا ومما قدمناه من أنه بالنسبة للمقر يعتبر إقراراً بالاستحقاق أيضاً ويكون باطلا ينتج حتما أنه لا يثبت للمقر له بهذا الإقرار استحقاق فى الوقف

حتى فى نصيب المقـر ، وأنه لا يكون من الموقوف عليهم بمقتضى الوصف الذى ثبت له بهذا الإقرار ، وأنه لا يملك بمقتضى هذا الوصف أن يزاحم بقيـة الموقوف عليهم أو يطالب بالتقـدم عليهم إذا كان منهم ، فلو وقف على زيد وذريته وقفاً مرتب الطبقات وكان لزيد أولاد لصلبه فأقر ببنوة آخر إقراراً صحيحاً ثبت به نسبه ولكنه كان متهماً فيه لا يستحق المقر له فى هذا الوقف ولا يشارك أولاد زيد المعروفين بمقتضى البنوة التى ثبتت له بهذا الأقرار ، وكذلك لو كان لزيد ولد قد ماتوا وكان لهم أولاد فإن المقر له بالبنوة لا يحجب ولد الولد ولا يستحق فى الوقف شيئاً ، وكذلك يكون الحكم لو أقر أحد للموقوف عليهم مثل هذا الاقرار ، فإذا مات المقر وكان له أولاد غيره لم يشاركهم فى الاستحقاق وإن مات ولاولد له سواه لاينتقل إليه استحقاقه ، ولو وقف على الفقراء أو آل وقفه إلى الفقراء وكان قد أقر بمثل هذا الإقرار وجاء المقر له وهو فقير يطالب بتقديمه على غيره من الفقراء لأنه ابن الواقف أوجاء يزاحم ذرية الواقف أو قرابته فى حق التقدم على الفقراء لايلتفت إليه فإن الأقرار له بالنسب مهما كان صحيحاً لا يتعدى إلى الموقوف عليهم أىّ موقوف عليهم كانوا ، محصورين أو غير محصورين . ولم يذهب القانون إلى القول بعدم تعدى هذا الأقرار فى جميع الأحوال ، بل اشترط لذلك أن تدل القرائن على أن المقر متهم فى هذا الأقرار ومعنى كونه متهماً فيه أن يتمكن الشك فى كونه صادقاً فى هذا الأقرار وأن يغلب على الظن أنه كاذب فيه لم تحمله عليه الرغبة الخالصة فى تصحيح نسب يراه حقاً وإنما حمله عليه باعث آخر غير ذلك أىّ باعث كان سوى هذه الرغبة ، وليس من المتعين أن يكون هذا الباعث هو الرغبة فى خلق مزاحم للموقوف عليهم أو أمر آخر يتعلق بالوقف بل المدار على تمكن تهمة الكذب فى هذا الأقرار وإن كان الحامل عليه أمر لاعلاقة له بالوقف ومستحقيه فلا يكون الأقرار بالنسب إذ ذاك متعدياً وإن كان قد حصل قبل الوقف . ومن البواعث الفاشية فى العالم الأسلامى الذى لا يقر التبنى رغبة العقماء فى أن يخلقوا لأنفسهم عاطفة أبوة أو أمومة صناعية وأن يتزينوا بشعور مستعارة ، وأرضاء لهذه الشهوة الملحة الخاطئة يقرون بأبوة

لأطفال يعلمون حق العلم أنهم ليسوا أبناءهم غير ناظرين إلى قوله تعالى « ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم فى الدين ومواليكم » ولامبالين بما جاء فى هذا الباب من التحذير والوعيد الشديد ، ومما يؤسف له أشد الأسف أمر يتحدث الناس عنه فى الأندية وفى الصحف ، هو أن عالماً من كبار العلماء عقيما تبنى هو وزوجه إبناً لخادمه ثم استلحقاه وأقرا ببنوته وحصلا على حكم بتصحيح نسبه « إفساد نسبه !!! » فى شهادة ميلاده . والقرائن مما تختلف فيه الأنظار وتتفاوت المدارك وتتنوع بتنوع الحوادث كما أنها تتفاوت قوة وضعفاً فأمرها متروك إلى القاضى الذى ينظر فى الخصومة يُقَدِّر كفايتها أو عدمها طبقاً لما تمليه عليه عقيدته ومداركه .

ولا فرق فى هذا الحكم بين أن يكون الأقرار صادراً من الواقف أو من الموقوف عليه أو من غيرهما . والواقف ، وإن كان يملك التغيير فى مصارف وقفه ولو بغير شرط ، قد يتخذ هذا الإقرار وسيلة إلى حرمان ذريته من كل أو بعض ما يجب لهم من الاستحقاق بمقتضى أحكام هذا القانون فوجب أن يكون كغيره من المقرين فى هذا الحكم سداً لِبابِ التحايل . فمن ماتت زوجته وأولاده وكان له أولاد أولاد وتزوج ثانية وساءت العلاقات بينه وبين أولاد أولاده كان فى استطاعته لولا هذا الحكم أن يقر بأبوته لأخ أو قريب لزوجته الجديدة مثلا ويصنع ما صنع « العالم الجليل » ويقف كل ما له على زوجته وهذا المقر له ويحرم أولاد أولاده وهم ورثته الحقيقيون من كل ما يجب لهم بمقتضى هذا القانون ، وإذا رفق بهم فأقر بأبوته لفتاة أو فتاتين كان فى استطاعته أن يحرمهم من نصف ما يجب لهم أو من ثلثيه .

١١٨ — وأحكام المادة ٢٠ كما تطبق على الأوقاف الصادرة بعد العمل بهذا القانون تطبق على الأوقاف التى صدرت قبله كما هو نص المادة ٥٦ ، ولكنها لا تطبق على الحوادث السابقة فلا تطبق على الإقرارات الصادرة قبل العمل بالقانون عملا بالمادة ٥٧ وتبقى هذه الإقرارات خاضعة لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة أما التنازل عن الاستحقاق فليس حكما جديداً ، والقانون ومذهب الحنفية فى ذلك سواء .

أما أحكام المادة ٢١ فإنها تطبق على الأوقاف الصادرة بعد العمل بهذا القانون

والأوقاف الصادرة قبله ، فى الحوادث السابقة وفى الحوادث اللاحقة ، فالإقرار بالنسب على النفس إذا تمكنت فيه الريبة وتهمة الكذب تطبق عليه أحكام هذه المادة وإن كان صادراً قبل هذا القانون فلا يتعدى أثره إلى الموقوف عليهم وإن كان صادراً قبل الوقف ، وسواء أصدر هذا الوقف قبل القانون أم بعده . غير أن هذه الأحكام لا تطبق على هذه الأقارير فى الأحوال التى صدرت فيها أحكام نهائية قبل العمل بهذا القانون بالنسبة لطرفى الخصومة وحدهم طبقاً للمادة ٦٠ ، فلو أنّ واقفاً وقف على نفسه وذريته وقفاً مرتب الطبقات وشرط فيه انتقال نصيب من يموت لولده أو ولد ولده وإن نزل وإن لم يكن ولد ولا ولد ولد كان نصيبه لأخوته وأخواته، وتوفى هذا الواقف وترك بنتاً وابنين فاستحقوا كامل ريع الوقف ، ولم يكن لأحد الابنين أولاد معروفون ولكنه أقر قبل صدور هذا القانون ببنوة إبن وبنتين وكان إقراره مما يثبت به النسب ولكنه كان متهماً فى هذا الإقرار ثم توفى المقر وخاصم المقَرُّ لهم بنت الواقف وابنه فى ريع الوقف وحكم لهم قبل صدور هذا القانون باستحقاقهم لما كان مستحقاً للمقِرِّ بصفته كونهم أولاده وثابتى النسب منه بإقراره ، فإن هذا الحكم يبقى نافذاً محترماً بعد صدور هذا القانون ما بقى المحكوم عليهما ولا تملك بنت الواقف ولا ابنه العودة إلى مخاصمة أحد من الثلاثة المقر لهم فى هذا الموضوع بعد صدور هذا القانون . ولو فرض أن بنت الواقف توفيت بعد صدور هذا القانون وكان لها أولاد كان لهم أن يخاصموا المقر لهم الثلاثة فى هذا الموضوع ولا يكون الحكم الصادر للمقر لهم على بنت الواقف والدتهم نافذاً بالنسبة لهم لأنهم لم يكونوا طرفاً فى الخصومة التى صدر فيها الحكم ، والحكم الصادر على والدتهم ليس حكماً عليهم لأنهم ، وإن كانوا يستحقون نصيبها ، لا يتلقون الحق عنها وإنما يتلقون الحق عن الواقف ، وفى هذه الخصومة تطبق أحكام المادة ٢١ حتى إذا ثبت أن المقر كان متهما فى هذا الإقرار حكم لأولاد بنت الواقف باستحقاقهم لنصيب أمهم على فرض أنّ المقر توفى ولا ولد له فإن الواقف جعل لهم استحقاق أمهم فى الواقع ونفس الأمر لا ما كانت تتناوله فقط وإن كان أقل مما تستحقه والمانع من تناول الزائد

بالنسبة لها وهو الحكم ليس مانعاً بالنسبة لهم ، أما ابن الواقف فيبقى الحكم نافذاً بالنسبة له فإذا مات عن أولاد أصبح هذا الحكم غير نافذ أصلا وكان مركز أولاد ابن الواقف كمركز أولاد بنته . ولو فرض أن بنتاً من الثلاثة المقر لهم توفيت بعد صدور القانون عن أولاد فإن الحكم الصادر لأمهم لا يكون نافذاً بالنسبة لهم لأنهم لم يكونوا طرفاً فى الخصومة التى صدر فيها وليس الحكم لأمهم حكماً لهم لأنهم لايتلقون الحق عنها و إنما يتلقونه عن الواقف . ولو فرض أن هذه البنت توفيت قبل العمل بهذا القانون وانتقل استحقاقها إلى أولادها طبقاً للأحكام المتبعة حين وفاتها ولم تصدر أحكام بشأن هذا الاستحقاق ثم صدر القانون واختصم أولادها مع بنت الواقف وابنه فى هذا الاستحقاق طبقت أحكام المادة ٢١ فى هذه الخصومة على الإقرار بنسب أمهم كما سبق ولكن ليس لبنت الواقف وابنه أن يطالبوا بعودة نصيب المتوفاة إليهم إلا فى الغلات التى تحدث بعد العمل بهذا القانون وليس لهم أن يطالبوا بالغلات التى حدثت بعد موتها وقبل العمل به كما تقضى بذلك أحكام المادة ٥٩ .

وقد فرق القانون بين الإقرار بالاستحقاق والإقرار بالنسب على النفس وجعل أحكام الأول غير سارية على الحوادث السابقة وأحكام الثانى سارية عليها، والسر فى ذلك بَيِّنٌ فإن الإقرار بالاستحاق كان فى الأعم الأغلب بين أهل الوقف بعضهم مع بعض وكان يراد به غالبـاً حسم المشاكل أو رفع جَوْرٍ بَيِّنٍ ولم تكن تمليه فى أكثر الأحايين إلا عاطفة نبيلة أما الإقرار بالنسب مع التهمة فقد دلت التجربة على أنه وليد النكاية وحب الانتقام ، فالمخالفة بينهما فى ذلك حلت محلها المكين .

١١٩ — أقوال الفقهاء

(١) ورد فى الخصاف أنه لو وقف على زيد وولده ونسله فأقر زيد أن الوقف عليه وعلى ولده ونسله وعلى رجل آخر، والرجل يَدَّعى ، لم يصدق زيد على ولده ونسله وليس له أن يدخل النقص عليهم فى حقوقهم بإقراره لهذا الرجل وتقسم الغلة على زيد ومن يكون موجوداً من ولده ونسـله فما أصابه يدخل المقر له معه فيه بحصته وتكون حصة زيد دائماً بينه و بين المقر له ما دام زيد فى الحياة فإذا حدث الموت

على زيد بطل إقراره ولا يكون للمقر له حق فى الغلة . وإذا وقف على زيد ثم على المساكين فأقر زيد لهذا الرجل شاركه وإن مات المقر له وزيد فى الحياة يكون النصف الذى أقر به زيد للمساكين ، ولو أنه أقر بأن هذا الرجل هو الموقوف عليه وحده جعلت الغلة المقر له مادام زيد حياً فإذا مات كانت للمساكين ، وقال إن الوجه فى إعطاء الغلة أو بعضها للمقر له جواز أن يكون الواقف شرط أن له أن يزيد وينقص وأن يخرج زيداً ويدخل مكانه من رأى فيصدق المقر على حقه ، فإذا مات بطل إقراره ولايجوز على غيره . وقال أيضاً أنه لولم يكن الإقرار على هذا الوجه ولكنه أقر فقال غلة هذه الصدقة لفلان بن فلان هذا دونى ودون الناس جميعاً بأمر حق واجب ثابت لازم عرفته له ولزمنى الإقرار له بذلك صدق على نفسه وجعل كأن الواقف هو الذى جعل ذلك للمقر له ، ولو أقر له بالاستحقاق مدة معينة كعشر سنين مثلا عومل المقر بهذا الإقرار فإذا مات المقر ردت الغلة إلى من بعده ، وإذا انقضت والمقر له حى رجعت الغلة إلى المقر[1] ، وقد تناقل فقهاء الحنفيـة ذلك وجروا عليه لا يعرف لهم فيه خلاف ويعملون بإقرار المقر من غير تقييد ولا تفصيل وإن خالف ماجاء بكتاب الوقف الثابت الذى لاشك فيه وإن كان الواقف لم يذكر فى كتاب وقفه أنه اشترط لنفسه الشروط العشرة بل حتى وإن صرح فيه بأنه حرم نفسه منها ، غير أن ابن عابدين نقل فى رد المحتار[2] أن البيرى قال إن الحق والصواب أن ذلك مقيد بقيود يعرفها الفقيه وأنه بعد أن نقل كلام الخصاف وتعليله قال : أقول يؤخذ من هذا أنه لو علم أن المقر له إنما أقر بذلك لأخذ شىء من المال من المقر له عوضاً عن ذلك لكى يستبد بالوقف أن ذلك الإقرار يكون غير مقبول لأنه إقرار خال عما يوجب تصحيحه مما قاله الإمام الخصاف وهذا هو الإقرار الواقع فى زماننا وأعقب ابن عابدين كلام البيرى بقوله أى لو علم أن المقر جعله لغيره ابتداء لايصح . ورأى البيرى وإن كان غاية فى التحقيق والدقة والإنصاف لم يتابع عليه ولا يمكن أن يعتبر قولا فى مذهب الحنفية ، وهم يصححون إقرار الموقوف

---

(١) ص (١٦٠ — ١٦٣) (٢) جـ ٣ ص ٤٥٨ .

عليه على أساس أن الواقف احتفظ لنفسه بالشرط وصنع ذلك بعد الوقف و يعملون بهذا الإقرار و إن لم يكن صريحاً ، ولكنهم لايقبلون قول الواقف نفسه فى ذلك إن لم يكن موقوفاً عليه ، فقد ورد فى وقف هلال[1] أنه لو شهد اثنان من القرابة لآخر بأنه قريب ولم يُعَدَّلا لاتقبل شهادتهما وله أن يشاركهما فى كل ما يصل إليهما من غلة الوقف كرجلين شهدا لآخر بأنه ابن لأبيهما ووارثه ولم يعدلا لا تقبل شهادتهما وله أن يشاركهما فى الميراث فكذلك الوصية والوقف . ومن ادعى القرابة وشهد له شاهدان بإقرار الواقف له بهذه القرابة وأنه ممن وقف عليهم لا تقبل شهادتهما حتى يقولا أنه أقر فى عقد الوقف أن هذا ممن وقفت عليهم هـذا الوقف أما إن قالا أنه أقر بذلك بعد الوقف لم يقبل لأن الوقف قد وجب للقرابة المعروفين فلا يقبل قوله ، وكذلك لو كان الواقف حياً وأقر لرجل أنه قريبه وأنه ممن وقف عليهم لم يقبل ذلك إلا أن يكون ممن سموا فى عقد الوقف . الحق أن احترام ما ورد فى عقد الوقف واجب وأن توجيه الخصاف قد انبنى على احتمال بعيـد وأمر غير معروف . ولكن الإقرار لا يعمل به إذا كان ناشئاً عن الخطأ فقد نقل فى تنقيح الحامدية أن المهندارى أفتى فى أخ دفع لأخته نصف الوقف ظاناً أنه بينهما أنصافاً فظهر أنه أثلاث ، بأن له الرجوع عليهما بما قبضته[2] فالأخ لم يعامل بما يتضمنه هذا التصرف ، أى بهذا الإقرار وتلك المصادقة الضمنية التى ظهر أنها ناشئة عن الجهل بشرط الواقف ، ومثل هذا إذا كان الإقرار أو كانت المصادقة ناشئة عن خطأ فى فهم شرط الواقف و يظهر ذلك جلياً فى أقارير زماننا هذا فهى تبتدىء بموجز للوقف وشروطه ثم يتبع ذلك بالمصادقة فهى ليست مبنية على شىء عمـله الواقف وعرفوه و إنما بنيت على أساس فهمهم لما شرطه الواقف فلا يمكن أن يقام لها وزن عند الحنفية إذا كان الأمر على خلاف ما ظنه المتصادقون أو قصدوه والعمل فى المحاكم الشرعية مستقر على هذا و إن اختلفت الأنظار حين التطبيق .

وفى كشاف القناع أن الشيخ ابن تيمية قال إنه لو أقر الموقوف عليه أنه

---

(١) ص٢٦٢ (٢) جـ ١ ص٢١٢

لا يستحق فى هذا الوقف إلا مقداراً معلوماً ثم ظهر شرط الواقف بأنه يستحق أكثر مما قال حكم له بمقتضى شرط الواقف ولا يمنع من ذلك الإقرار المتقدم اهـ. لأنه معذور بعدم علمه إياه، وقوله ثم ظهر له شرط الواقف الخ يفهم منه أنه لو كان عالماً بشرط الواقف وأقر بأنه لا يستحق إلا كذا يؤاخذه بأقراره لأنه لا عذر له، فإن انتقل أستحقاقه بعده لولده مثلا فله الطلب بما فى شرط الواقف من حين الانتقال إليه لأن إقراره لا يسرى على ولده. وذكر التاج السبكى الشافعى فى كتابه الأشباه والنظائر أن الصواب أنه لا يؤاخذ به، سواء علم شرط الواقف وكذبه فى إقراره أم لم يعلم، فأن ثبوت هذا الحق له لا ينتقل بكذبه اهـ. قال المحب بن نصر الله: ومما يؤيده أن شرط صحة الإقرار كون المقر يملك نقل الملك فى العين التى يقر بها ومستحق الوقف لا يملك ذلك فى الوقف فلا يملك الإقرار به ولا يملك نقل الملك فى ريعه إلا بعد حصوله فى يده فلا يملك الإقرار به قبل قبضه أو جواز بيعه ولا يصح منه، ولو صح الإقرار بالريع قبل ملك المستحق له لاتخذ ذلك وسيلة إلى إيجاره مدة مجهولة بأن يأخذ المستحق عوضاً من شخص عن ريعه أو عن رقبته ويقر له به فيستحقه مدة حياة المقر أو مدة استحقاق المقر فلا يجوز اعتبار إقرار المستحق بالوقف ولا بريعه إلا بشرط ملكه للريع، ولم أزل أفتى بهذا قديماً وحديثاً من غير أن أكون قد وقفت على كلام قاضى القضاه تاج الدين ولارأيت فيه كلاما لغيره ولكنى قلته تفقها ولا أظن من له نظر تام. فى الفقه يقول بخلاف ذلك والله أعلم[(1)]. وفى نيل المآرب أنه لو تصادق المستحقون فى الوقف على شىء من مصارفه ومقادير استحقاقهم فيه ونحو ذلك ثم ظهر كتاب وقفه منافياً لما وقع التصادق عليه عمل بما فى كتاب الوقف ولغا التصادق، أفتى بذلك ابن رجب.

ومن هـــذا يتضح أن إقرار المستحق لغيره بالاستحقاق عند جهله لشرط الواقف لا يصح ولا يؤاخذ به المقر عند الحنيفة والشافعية والحنابلة، أما إذا كان عالماً به فإنه يؤاخذ به عند الحنفية وهو ظاهر كلام ابن تيمية وابن رجب من الحنابلة،

(1) جـ ٢ ص ٤٥٤

ولا يؤاخذ به فى نظر البيرى من متأخرى الحنيفة إذا عرف أن هذا الإقرار إنما كان منه رغبة فى أن يجعل الاستحقاق لغيره ابتداء ، ولا يؤاخذ به مطلقاً على ما قرره قاضى القضاة السبكى من الشافعية .

(ب) أما رد الوقف و إسقاط الاستحقاق فيه فقد بسط فقهاء الحنفية القول فيهما وفيما يتصل بهما وتكلموا فى شتى الصور ، وورد من ذلك الكثير فى وقفى هلال والخصاف ، وفى الخانية وفى الهندية نقلا عن الذخيرة وفى البحر ورسالة لصاحبه وفى رسالة للطورى وفى حاشية الرملى على البحر وفى الخيرية وحاشيتى ابن عابدين على البحر والدر والمختار وفى غيرها ، وقد كثرت فى ذلك مناقشاتهم واعتراضاتهم ، و يخلص لى من مجموع ما كتب فى هذا ما يأتى :

١ — إذا كان الوقف على معين بالاسم كزيد و بكر أو بالوصف كأولادى أو أولاد زيد ، ورد الموقوف عليه استحقاقه قبل القبول ارتد و بطل استحقاقه خاصة ولا يعرف فى ذلك خلاف لأحد إلا ما نقل عن وقف الأنصارى من أنه لا يرتد برده وليس من شرط صحة الرد أن يكون من رد مستحقاً بالفعل حين الرد ، فيصح رده قبل ذلك كما ورد صريحاً فى وقف هلال . و إذا قبل الموقوف عليه الوقف ثم حدثت للوقف غلة فرد المستحق حقه فيها فإن استحقاقه فيما حدث لا يبطل بإبطاله لأنها لما حدثت صارت ملكا له وهى من الأعيان والأعيان لا تسقط بالإسقاط .ولا يعرف فى ذلك خلاف لأحد .

٢ — و إذا كان الوقف على معين أو معينين بالاسم أو بالوصف و بعد أن قبل الموقوف عليه الوقف قال لا أقبل ورد الوقف فليس له ذلك ولا يعمل رده فى الغلات التى ستحدث ولا يبطل بذلك استحقاقه . هذا ما ذهب إليه هلال والخصاف وتابعهما عليه الأكثرون ، ولكن الفقيه أبا جعفر لم يأخذ بذلك ، وقال إن الرد لا يعمل فى الغلة المأخوذة لأنها صارت ملكا له ، ولكنه يعمل فى الغلة التى تحدث إذ لا ملك له فيها و إنما الثابت له فيها مجرد الحق ، ومجرد الحق يقبل الرد .

٣ — و إذا كان الوقف على أهل المدرسة الفلانية أو على الفقهاء الفقراء المقيمين بها

فإن من استجمع شرائط الاستحقاق وصار مستحقاً يملك عزل نفسه و إبطال هذه الوظيفة على ما قرره الطرسوسى فى الفوائد وارتضاه صاحب البحر. ورده ابن وهبان وقال إنه لا اعتبار بعزل نفسه من الوقف بل لو عزل نفسه كل يوم مائة مرة ثم طلب أخذه أَخَذَه كالوقف على الابن فالابن إذا عزل نفسه من الوقف فإنه لا ينعزل .

٤ — و إذا كان الوقف على من يقرره الحاكم أو الناظر من الفقهاء مثلا ، فقرر من له ولاية التقرير بعضهم كان له أن يبطل ذلك و يعزل نفسه ، قال ذلك ابن وهبان وفرق فى الحكم بين هذا و بين الوقف على الابن والفقير المقيم بالمدرسة الذى استجمع شرائط الاستحقاق . وهذه التفرقة غير ظاهرة فإنه بالتقرير صار مستحقاً ، فالواجب أن يكون فى إسقاطه حقه فيما يستأنف من الغلات خلاف أبى جعفر ، فلا يصح رده على المشهور و يصح على رأى الفقيه أبى جعفر . هذا إذا رد وهو مستحق ، أما إذا عزل نفسه من المنصب وخرج من المدرسة مثلا فقد زال عنه شرط الاستحقاق وصار غير مستحق أصلا فلا محل للقول بإسقاط أو عدمه . ولا شبهة فى أنه لا يلزم بالبقاء فى المنصب واستدامة الوصف الذى يستحق بسببه ، ولعل ابن وهبان يريد هذا لا إسقاط الاستحقاق مع ثبوته له .

٥ — وإذا كان الوقف مثلا على الفقهاء أو على الفقراء بإطلاق فليس لفقيه ولا لفقير معين حق فيه لأن الوقف للجنس ولا يمكن أن ينصرف إلى كل فقيه أو فقير و إنما يقع التعيين بتقرير من له الولاية فإذا أبطل الفقيه أو الفقير استحقاقه فى هذا الوقف قبل التقرير أصلا فلا عبرة به لأنه لا حق له حتى يبطله فلا يمنع ذلك من أن يقرره فيه من له ولاية التقرير ومجرد إعطائه منه لا يثبت له حقاً أيضاً ، فلمن له الولاية أن يعطيه لغيره وللحاكم الآخر أن ينقضه . أما إذا قرره القاضى وجعله راتباً له وأمر بإجرائه عليه وحكم به فإن حكمه لا يرد ولا ينقض كما فى الخصاف ، وفى هذه الحال يكون له حق لازم بالقضاء ، فإذا أسقط هذا الحق بعد تأكده على هذا الوجه فظاهر قول ابن نجيم فى أن من أسقط حقه من وظيفة تقرر فيها يسقط حقه أن ما قرر بالحكم والقضاء يملك المستحق إسقاطه . وعندى أن هذا

لا يصح إلا على قول الفقيه أبي جعفر، أما على المشهور فالواجب القول بعدم سقوطه لأنه بالقضاء صار مستحقاً استحقاقاً لازماً فصار كالموقوف عليه المعين .

٦ — وإذا جعل المستحق فى الوقف نصيبه لغيره أو تنازل عنه أو أسقطه له بمعنى أنه وكله فى قبضه نيابة عنه ثم يأخذه بعد ذلك لنفسه تبرعاً من المستحق كان هذا جائزاً كما قالوا . أما إذا تنازل عنه لذلك الغير بمعنى أنه أخرج نفسه من الاستحقاق وأحل هذا الغير محله فيه فإنه لا يملك ذلك ولا يصح تصرفه لمخالفته لشرط الواقف وهو لا يملك إدخالا ولا إخراجاً ، فلا يثبت للمتنازل له استحقاق قطعاً ، ولا يزول استحقاق المتنازل على المشهور من أن الاستحقاق لا يصح إسقاطه ، أما على قول أبي جعفر فيمكن القول بسقوط استحقاقه وإن كان لا يثبت لمن جعل له قياساً على ما قرروه ورجحوه فى مسألة الفراغ عن النظر ، ولكنى لم أر من عرض لذلك[1] .

هذا هو مجمل أقوال الحنفية ، وقال الشافعية إنه لا أثر للرد بعد القبول وإنه لا عبرة برد من لم يكن مستحقاً بالفعل حين الرد ، كما قرر ذلك ابن حجر فى التحفة[2] ولم أقف لهم على تفصيل ولا على أكثر من ذلك حتى الآن وهو يدل باطلاقه على أنه لا يصح التنازل عن الاستحقاق لا مطلقاً ولا للغير ، ويؤيد ذلك ما هو مقرر عندهم من أن وضع الوقف على اللزوم بالنسبة للعقد وبالنسبة للموقوف عليه ولهذا أبطلوا الوقف باشتراط التغيير فى مصارفه وقالوا ببطلان إقرار الموقوف عليه لغيره وإن كان عالماً بشرط الواقف كما مر قريبا . أما الحنابلة فقد قالوا إن للموقوف عليه أن يرد قبل القبول ، وقال شيخ الإسلام ابن تيمية فى الاختيارات وينبغى أنه لو رد بعد قبوله كان له ذلك .

جـ — اتفق الفقهاء على أن الإقرار حجة قاصرة لا تتعدى إلى غير المقر ، ولكن الحنفية قد استثنوا من هذه القاعدة بضعة مسائل منها الإقرار بالنسب على النفس ، وقالوا أن من أقر بالنسب على نفسه إقراراً مستوفياً شرائطه ثبت النسب

---

(١) كفاية المتخصصين ص (١١٢ — ١١٩)   (٢) جـ ٢ ص ٢٥١

منه بهذا الإقرار ، ومتى ثبت النسب به ثبت بجميع مواجبه ، حتى من أقر بأبوة مجهول النسب وكان مثل المقر له يولد للمقر وثبت النسب منه بهذا الإقرار ورث المقر له من أقر إذا مات ويشارك ورثته المعروفين أو يحجبهم كثابت النسب من الأصل كما يرث أقارب المقر كأبيه وأخيه وإن كانوا جاحدين لهذا النسب . وفى كتاب الوقف لهلال أنه لو وقف أرضاً له على ولده وادعى صبياً أنه ابنه ولا يعرف له نسب أعطى هذا الصبى من غلة الوقف ولكنه لا يرجع فيما أخذ من الغلات ولا يصدق المقر على ما مضى منها ولكنه يصدق على ما يستأنف من الغلات ، ألا ترى لو أن رجلا كانت له جارية فجاءت بولد فقطع رجل يده كان عليه نصف قيمة الولد ، فإن ادعاه المولى بعد ذلك ثبت نسبه وكان ابنه ولم يكن على القاطع إلا نصف القيمة ولا تكون دية يده كدية الحر فكذلك الوقف . وفيه أيضاً أنه لو جعل أرضه صدقة موقوفة على قرابته فادعى رجل أنه من القرابة وأثبت ما ادعى وقضى له القاضى بالقرابة فأتى هذا المقضى له برجل وقال هذا ابنى وصدقه الرجل وثبت نسبه منه بإقراره فإنه لا يصدق على غلة قد خلقت قبل إقراره أما ما يحدث من الغلات فإنه يشارك القرابة فيه ألا ترى لو أن مكاتباً مات أخوه وله ابن عم فادعى المكاتب صبياً من امرأة حرة وزعم أنها امرأته قبل منه ذلك وثبت النسب ولكن لا يقبل قوله على الميراث الذى وجب لابن العم ، وإن مات قريب للمكاتب بعد ذلك ورثه هذا الابن المدَّعى فكذلك الوقف لأن نسبه قد ثبت قبل مجىء الغلة وقبل أن تكون لأحد أما فى الباب الأول فقد ثبتت الغلة للقرابة فلا يقبل قوله فى انتقاصهم مثل الميراث ، ألا ترى لو أن رجلا من القرابة كانت له جارية فجاءت بولد فادعاه أنى أثبت نسبه وأجعله أسوة القرابة فى الغلات المستأنفة[1] .

ولم أعثر على أحكام صريحة فى هذا الموضوع فيما هو متداول بيننا من كتب المذاهب الأخرى ، غير أنى وجدت فقهاء المالكية قد قرروا ماقرره غيرهم من أن حكم الإقرار قاصر على المقر ، وقالوا إن إقرار المتهم باطل على تقييدات وتفصيلات فى ذلك ،

(١) ص١٩٣ و ١٩٤ و ٢٦٢ و ٢٦٣

وقالوا إن إقرار الصحيح المفلس المحجور عليه لمن يُتَّهم عليه لازم ويثبت به فى ذمته للمقر له ما أقر له به، ولكنه لا يُحاصُّ به مع الغرماء . ونصوا على أنه ليس للرجل أن يستلحق اللقيط إلا ببينة أو وجه ، كمجاعة أو كونه لا يعيش له أولاد فيطرحه لأجل أن يعيش ، وعلى أن له أن يستلحق مجهول النسب غير اللقيط بشرط ألا يكذبه العقل، كأن كان مدعى الأبوة صغيراً ، وألا تكذبه العادة كأن يستلحق من ولد ببلد بعيد علم أنه لم يدخله أوشك فى أنه دخله كما هو مقتضى كلام ابن يونس فى صورة الشك .

وقالوا إن الرجل إذا استلحق رقيقاً أو مولى لغيره وكذبه مالك الرقيق أو المولى فإن كان قد سبق للمستلحق ملك لأم من استلحقه صح الاستلحاق ولكن يبقى المستلحق ملكاً أو مولى لسيده ، وإن لم يكن قد سبق له على الأم ملك بطل الاستلحاق على ما هو المشهور عن ابن القاسم ، وصح الاستلحاق عند أشهب ولكن لا يترتب عليه خروج ملك الرقبة ولا زوال الولاء عن السيد ، ونقل مثله عن ابن القاسم فى سماع عيسى ، وعللوا الحكم ، فى صورة سبق الملك وعلى قول أشهب إذا لم يسبق ملك ، بأن المقر متهم على إخراج الرقبة من رق مالكها أو على إزالة الولاء عن المعتق ، وعللوا المشهور عن ابن القاسم فى حالة ما إذا لم يسبق ملك بأن السيد قد تلحقه مضرة فى المستقبل لو ثبت اللحوق ، فقد يعتق العبد ويموت عن مال فيقدم إذ ذاك عصبته من النسب فى الإرث على سيده ، فدفعاً لتلك المضرة المحتملة قيل بعدم اللحوق . وقالوا أيضاً أن المستلحق يلحق المستلحق على كل حال ويثبت نسبه منه ، ولكن إذا كان الاستلحاق فى مرضه أو بعد موته وكان للمستلحق مال غير قليل فإن من استلحقه لا يرثه لما فى إقراره من تهمة أنه ما أقر بالنسب إلا ليرث هذا المال من المقر له فعملوا بالإقرار فى حق النسب وأثبتوه به ولكنهم لم يرتبوا عليه أثره وهو الميراث عند التهمة ، وقد أوردوا فروعاً كثيرة من هذا النوع تؤيد هذا المعنى[1] . ومن هذا يتضح أن الإقرار بالنسب

---

(١) الدسوقى ج ٣ ص ٣٩٨ وما بعدها ص ٤١٣ وما بعدها .

عندهم كالإقرار بغيره فى الحكم إذا كانت فيه تهمة ، وأن التهمة فى الإقرار إما مبطلة له أو مانعة من ترتب آثاره عليه إذا كان ضررها يتعدى إلى غير المقر و إن كان ضرراً يكاد يكون متوهماً ولم أجد لهم من الأحكام والأقوال ما يخالف هذا .

وزيادة فى التوثق رجعت فى ذلك أثناء تحضيرى لهذا الموضوع لعرضه على لجنة الأحوال الشخصية إلى حضرة صاحب الفضيلة الأستاذ الشيخ محمد عبد الفتاح العنانى عضو اللجنة وشيخ المالكية وعضو جماعة كبار العلماء . وبعد بحث ومناقشة وتمحيص قرر فضيلته أنه و إن لم ينص صراحة على مسألة تعدى الإقرار فى الوقف بخصوصه فإن قواعد المذهب واضحة فى أن إقرار المقر بالنسب لا يتعدى إلى المستحقين فى الوقف فعلى فرض ثبوت النسب بإقراره لا يؤثر ذلك فى استحقاق الآخرين متى دلت القرائن على أنه متهم فى هذا الإقرار .

١٢٠ — و بطلان التنازل عن الاستحقاق من الموقوف عليه مذهب الحنفية ، أما بطلان إقراره بالاستحقاق لغيره فهو عدول عن مذهب الحنفية ، وقد أخذ فيه بما حققه البيرى من متأخرى فقهاء الحنفية ، وما قرره ابن تيمية وأفتى به ابن رجب من الحنابلة الذين لا يعرف أن لهم اختلافاً فى ذلك ، و بما أفتى به السبكى وقال به ولده قاضى القضاة تاج الدين السبكى الشافعى وأفتى به أيضاً المحب ابن نصر الله وأيده ، كما أن ميل صاحب كشاف القناع إليه فى غاية الوضوح . وقد عدل أيضاً عن مذهب الحنفية إلى القول بعدم تعدى الإقرار بالنسب على النفس إلى الموقوف عليهم متى دلت القرائن على أن المقر متهم فى هذا الإقرار أخذاً بما تدل عليه قواعد مذهب المالكية وهو الأمر الذى تؤيده الفروع الكثيرة ولا يوجد فى هذا المذهب ما يخالفه .

١٢١ — و بطلان الإقرار بالاستحقاق إذا لم يكن موافقاً لما جاء بكتاب الوقف كان محل وفاق بين جميع من نظروا مشروع هذا القانون غير أن بعض أعضاء لجنة الأحوال الشخصية كان يرى الإبقاء على تصحيحه إذا كان إقراراً من بعض الموقوف عليهم للبعض الآخر رعاية لأنه فى هذه الحالة لا يتخذ وسيلة

إلا لرفع جور واضح أو تسوية منازعات مستعصية [1]. ولكن الأكثرية الساحقة لم ترض بهذا وذهبت إلى تعميم الحكم، ورأت أن إثم هذا الإقرار أكبر من نفعه وأن كثيراً من الموقوف عليهم قد اتخذوه وسيلة لبيع استحقاقهم بثمن بخس إما لقضاء ديون أكثرها وليد الربا الفاحش أو للوصول إلى أغراض غير مشروعة، كما رأت أن فى العمل بهذا الإقرار محاربة لأغراض الواقفين وصرفاً لأموالهم فى غير ما أرادوه من وجوه البر والصلة وإعانة للمرابين وأشباههم وتعبيداً لطرق الفساد. ولكن أكثر هذه المعانى لا يدخل فى تصادق المستحقين بعضهم مع بعض، وإذا وازنا بين مزايا هذا التصادق ومضاره لرجحت كفة الأخذ به والتجارب القضائية أكبر شاهد على أن مثل هذا التصادق لم يتخذ يوماً ما وسيلة إلا للخير والبر والوفاق.

ولجنة الأحوال الشخصية لم تر حاجة إلى النص على حكم التنازل عن الاستحقاق فى هذا القانون إذ ليس فيه عدول عن مذهب الحنفية واستبعدته من مشروع اللجنة التحضيرية، ولكن لجنة العدل بمجلس الشيوخ أضافته ولم تذكر سبباً واضحاً لما صنعت، ويخيل إلى أن الباعث لها على ذلك لم يكن إلا الرغبة فى استيفاء الأحكام مع مراعاة أن التنازل والاقرار يخضعان لدوافع واحدة كما يفهم من مجموع كلامها فى التقرير، ولم يكن عدم تعدى الاقرار بالنسب على النفس إلى الموقوف عليهم محل خلاف بين كل من نظر فى مشروع هذا القانون، مراعاة لما فشا فى هذا العصر من اتخاذ الأقرار بالنسب على النفس وسيلة إلى إدخال غير الموقوف عليهم فى الوقف إما محاباة لهم أو نكاية بالمستحقين مع قيام القرائن الدالة على أن المقر له بالنسب لايمت إلى المقر بصلة ما، ورغبة فى سد باب هذه الحيل وحماية المستحقين والمحافظة على إرادة الواقفين. وكانت لجنة الأحوال الشخصية قد استثنت إقرار الواقف بالنسب على نفسه من هذا الحكم نظراً لأنه لاتهمة فيه بعد أن أعطى له القانون الحق فى الرجوع عن وقفه وفى تغيير مصارفه وإن لم يكن

(١) جلسة ١٩ يناير سنة ١٩٤٢

قد اشترط ذلك لنفسه فى عقدة الوقف ، ولكن لجنة العدل بمجلس الشيوخ رأت أنه مع هذا لايزال هناك مايدعو إلى التهمة فقد يتخذ الواقف هذا الإقرار وسيلة إلى حرمان ذوى الاستحقاق الواجب من كل أو بعض ما يجب لهم من الإستحقاق بمقتضى أحكام هذا القانون ، ولذلك عدلت هذا الحكم وسوت فيه بين الواقف وغيره . وحين دراسة المغفور له وزير العدل للمشروع الأول لهذا القانون نبه هذا الحكم إلى التساؤل عما إذا كان من الممكن أن يوضع مثله فى كل من قانونى المواريث والوصية فأجيب بأنه لا مانع من ذلك بل هو ما يقتضيه تناسق التشريع وأثناء نظر قانون المواريث بمجلس النواب اقترح بعضهم إضافة ذلك الحكم إليه ولكن وزير العدل فضل التريث فى ذلك حتى يعرض الأمر على لجنة الأحوال الشخصية ، وقد عرض عليها ذلك فقررت فيه أحكاماً وافية[1] بجلسة ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٣ ولكن حوادث الأزمان وتصاريفها قضت بألاّ تخرج إلى حيز التشريع حتى الآن .

---

(١) الأحكام التى قررتها لجنة الأحوال الشخصية فى هذا الموضوع هى :

ا — يثبت النسب بإقرار الرجل ببنوة مجهول النسب إن لم يكذبه العقل أو العادة وثبت أن المقر سبق أن تزوج بأم المقر له زواجاً صحيحاً يمكن أن يجىء منه هذا الولد وصدقه المقر له فى ذلك متى كان من أهل التصديق .

واللقيط لايثبت نسبه بالإقرار الذى تتوافر فيه هذه الشروط إلا إذا أيدت القرائن صدقه . ولا يتوقف سماع دعوى الزوجيـة على تقديم شىء من الأوراق المنصوص عليها فى المادة (٩٩) من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ إذا لم يقصد منها سوى إثبات تحقق الشرط الوارد بالفقرة الأولى .

وإذا أقر مجهول النسب بأبوة رجل له وتوافرت فى هـذا الإقرار الشروط الواردة بالفقرة الأولى ثبت نسبه منه .

ب — لايثبت النسب بالإقرار بالولد أو بالأب إذا لم تتوافر فيه الشروط الواردة بالمادة السابقة . ولا يثبت النسب بالإقرار بالأم ولا بإقرار المرأة بأمومة الولد .

ج — متى ثبت النسب بالإقرار على الوجه المبين بالمادة الأولى ترتبت عليه جميع أحكام النسب المعروف أو الثابت بالدليل .

وإذا لم يثبت النسب بالإقرار لعدم ثبوت الزواج المبين بالفقرة الأولى من المادة الأولى لعدم توافر ما نص عليه فى الفقرة الثانية منها كان لهذا الإقرار حكم الإقرار بالنسب على الغير ولا يترتب على هذا الإقرار أى أثر إذا لم يثبت به النسب لعدم توافر الشروط الأخرى .

٣ — شروط الواقفين

مادة ٢٢ — مع عدم الإخلال بأحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٧ يبطل شرط الواقف إذا قيد حرية المستحق فى الزواج ، أو الإقامة ، أو الاستدانة إلا إذا كانت لغير مصلحة .

ويبطل كذلك كل شرط لا تترتب على عدم مراعاته تفويت مصلحة للواقف أو الوقف أو المستحقين .

١٢٢ — الشرط الباطل .

نصت المادة السادسة على أن الشرط غير الصحيح يكون باطلا ، والمذكرة التفسيرية عرفته بأنه ما كان منافياً لعقد الوقف ، أو كان غير جائز شرعا ، أو كان لا فائدة فيه . وقالت إن ماعدا ذلك يكون شرطاً صحيحاً ، كما ذكرت أن الشرط غير الجائز شرعا هو ما كان محرما أو مخالفاً لمقاصد الشارع . وقد بينت هناك معنى الشرط وفصلت القول فى النوعين الأولين[1] من الشرط الفاسد وأرجأت القول فى النوع الثالث لأتحدث عنه هنا .

وقد عنى الشارع بأن يورد فى هذه المادة القاعدة المتعلقة بالنوع الثالث من الشرط الفاسد وأن ينص على بطلان بعض الشروط المتعلقة بالاستحقاق ، وهى الشرط المقيد لحرية المستحق فى الزواج ، والشرط المقيد لحريته فى الإقامة ، والشرط المقيد لحريته فى الاستدانة . وقد عنى بالنص على هذه الشروط الثلاثة بخصوصها مع أنها لا تكاد تخرج عن القاعدة العامة التى قررتها المادة السادسة والقاعدة التى قررتها هذه المادة لأنها كثيرة الورود فى كتب الواقفين وكثيراً ما كان العمل بها مثاراً للشكاوى الحقة فأريد إبراز حكمها وألا يترك لتطبيق

(١) المراد بعدم الجواز شرعاً فى الضابط الذى ورد بالمذكرة التفسيرية هو ما سمت لا المعنى العام وهو عدم الصحة ، وقد ذكرت هناك (ص ١٠٠) من أمثلة غير الجائز اشتراط الواقف الشروط العشرة لغيره والصواب أنه من النوع الأول وهو المنافى للعقد . أما الشروط المقيدة لحرية الزواج والإقامة والاستدانة فسنبين هنا الأنواع التى تندرج تحتها بإيضاح وتفصيل .

القواعد العامة واختلاف الأنظار فيه ، كما أنه فى بعض الأحوال قد يكون منها ما هو خارج عن أنواع الشرط الفاسد الثلاثة عند الحنفية فاتقاء للنقص ورغبة فى الاحتياط التام رأت اللجنة الفرعية التى شكلتها لجنة الأحوال الشخصية لبحث هذا الموضوع أن ينص على بطلان هذه الشروط الثلاثة بنص خاص والاكتفاء فيما عداها بالقواعد العامة والنصوص الخاصة الواردة بهذا القانون وما لا يخالفها من مذهب الحنفية .

١٢٣ — الشرط المقيد لحرية المستحق فى الزواج

إذا شرط الواقف هذا الشرط فى كتاب وقفه كان شرطاً باطلا لا يراعى ولا يعمل به ويكون للمستحق استحقاقه وإن خالفه ولم يعمل به . والمراد بالمستحق هنا من جعل له حق فى ريع الوقف حل وقت هذا الحق أو لم يحل فهو بمعنى الموقوف عليه ولو عبر به لكان ذلك أفضل وأدق ولكن الذى جعل التعبير بالمستحق سائغاً أنه شرط متعلق بالاستحقاق . والمستحق لفظ عام يشمل أى موقوف عليه ، كان زوجاً للواقف أو لم يكن ، كان من ذرية الواقف أو من قرابته أو كان أجنبياً منه ، كان استحقاقه واجباً أو لم يكن . وتقييد حرية المستحق فى الزواج هو الحد من إرادته بالنسبة له وإلزامه بخطة معينة يتبعها فيه إيجاباً أو سلباً حتى يتمكن من الاحتفاظ بحقه الذى جعل له . وهذا التقييد قد يكون بمنعه من الزواج أصلا كاشتراط الواقف حرمان زوجته من الاستحقاق فى وقفه إذا تزوجت بعده واشتراط العزوبة فى استحقاق أهل المدرسة والرباط أو فى استحقاق الأناث من ذريته ، وقد يكون بمنعه من الزواج بشخص معين أو من أقليم أو بلد معين أو من فريق خاص من الناس ، وقد يكون بإلزامه بأصل الزواج ، وقد يكون بإلزامه الزواج بمعين أو من إقليم أو بلد أو فريق معين ، فتقييد الحرية فى الزواج كما يكون بالمنع منه كلياً أو جزئياً يكون بتحتيمه كلياً أو جزئياً . والشرط قد يكون صريحاً فى تقييد الحرية كاشتراط ألا يتزوج المستحق وإذا تزوج كان محروما وقد لا يكون صريحاً فى ذلك ولكنه يؤدى إليه كأن يجعل الاستحقاق على غاية الزواج أو عدمه

ويكتفى بذلك فهذا والنوع الأول سواء فى القصد والنتيجة ولا يراد منه إلا الحد من الحرية ولا يكون من وراء العمل بهذا الشرط إلا أن يوازن الموقوف عليه بين العمل به والاستحقاق وبين مخالفته والحرمان فهو مع هذا الشرط محدود الحرية فى هذا الأمر لا يصدر فيه عن إرادة مطلقة .

ومحل القول بأن هناك شرطاً مقيداً لحرية الموقوف عليه فى الزواج أن يكون الواقف قد وقف على معين أو بالوصف وشرط فى استحقاقه عدم الزواج أو جعل الزواج غاية له أو شرط فى استحقاقه الزواج أو جعل الأعراض عنه غاية له لأنه فى هذه الأحوال يكون هناك موقوف عليه وتقييد لحريته ، أما لو وقف على من يكون متزوجاً أو على من يكون عزباً باطلاق كالوقف على الأرامل أو على أرامل المسلمين فإن العزب فى الحالة الأولى والمتزوج فى الحال الثانية لا يكون كل منهما مستحقاً ولا موقوفاً عليه أصلا ولا يصدق عليه أنه مستحق أو موقوف عليه قيد الواقف حريته فى الزواج بشرطه ، فصنيع مثل هذا الواقف لا يتناوله حكم هذا الشرط ولا يمكن القول ببطلان هذا الوصف الذى جعل عنواناً لبيان الموقوف عليه الذى يريده الواقف بوقفه ويجعل من لم يتصف بهذا الوصف من بين الموقوف عليهم إذ لو بطل هذا الوصف لبطل بيان الموقوف عليه ولم يبق هناك موقوف عليه بحال من الأحوال . هذا إذا كان وصف العزوبة أو الزواج قد ذكر وحده لتعيين الموقوف عليه أو كان قد ذكر معه وصف آخر وظهر أنه يقصد بكل منهما تعيين الموقوف عليه على السواء كما لو وقف على الأرامل اللاتى بلغن الخمسين من عمرهن أو على أرامل قريته أو على المتزوجين ذوى الأولاد فكل من الوصفين قد أريد به التعيين وهما فى ذلك سواء ، أما إذا كان معه وصف آخر وظهر أن قصد التعيين قد أريد من الوصف الآخر أصالة وأن وصف العزوبة أو الزواج قد أريد منه تقييد الحرية كان حكمه حكم الشرط فى البطلان ، فالمدار على تحقق هذا المعنى سواء أدّىَ بصيغة الشرط أم بصيغة الوصف أو الاستثناء أو أى صيغة أخرى . وهذا المعنى كثر وروده فى كتب الواقفين قديماً وحديثاً على أوضاع وصور شتى و بعبارات

مختلفة . ومن أمثلته ما كان شائعاً من وقف الرجل على زوجته أو مستولدته ما دامت عزباً فإذا ماتت أو تزوجت بغيره فى حياته أو بعد موته كان ما هو موقوف عليها وقفا على آخرين . ومنها ما جاء فى كتاب وقف لشيخ كان شيخ الشيوخ فى عصره ، فقد وقف أعيانا على نفسه ثم على ذريته بالوضع الذى بينه فيه وجعل داره من بعده وقفا لسكنى و إقامة مستحق وقفه بالفعل وعائلتهم ما عدا الإناث المتزوجات بغير أهل هذا الوقف مادمن متزوجات وكل من خلت منهن من الأزواج يعود لها حق السكنى ما دامت عزبا فإن لم يوجد من المستحقين الموقوف عليهم ذكور ولا إناث غير (؟) متزوجات بأحد من أهل هذا الوقف ، جاز للإناث المتزوجات بغير أهل هذا الوقف حينئذ أن ينتفعن بالسكنى بالمنزل وهكذا يجرى الحال فى ذلك كذلك أبد الآبدين . فهذا القول قد أخرج فى ظاهره مخرج بيان من وقف عليهم المنزل ولكنه اشتمل على شرط مقيد لحرية الأناث فى الزواج بغير أهل الوقف على المعنى الذى ذكرنا ، ومنهما ما جاء بكتاب واقف وقف على نفسه ثم على زوجاته وذريته ثم على عتقائه وعتقاء زوجاته وعتقاء أخيه وشرط فى وقفه هذا حرمان من يتزوج من العتقاء بأجنبى منهم إن كان فيهم ذكور لإناث و إناث لذكور فإن لم يكن فيهم ذلك لا يحرم العتيق الذى يتزوج بأجنبى و إنما تحرم ذريته فهذا شرط مقيد لحرية المستحق من العتقاء و يضطره إلى الموازنة بين الزواج من العتقاء و بين استحقاقه هو وذريته و بين الزواج مطلقا و بين استحقاق ذريته .

و إذا وقفت الزوجة على زوجها وشرطت فى وقفها حرمانه من الاستحقاق الواجب له إذا تزوج عليها وهى فى عصمته يكون شرطها هذا شرطاً صحيحاً ولا يبطل مع أنه شرط مقيد لحرية زوجها الموقوف عليه فى الزواج لأن القانون قد أعطاها الحق فى هذا الشرط فى الفقرة الثابتة من المادة السابعة والعشرين ونص هنا على أن بطلان الشرط المقيد لحرية الموقوف عليه فى الزواج إنما يكون حيث لا يكون من ورائه إخلال بأحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٧ فهذا الشرط قد استثنى من هذا الحكم .

وقد اقتصر فى هذه المادة على استثناء ما هو وارد بالفقرة الثانية من تلك المادة وهذا الاقتصار لم يقع موقعه ولم يصب محله وهو مدعاة إلى اللبس والاضطراب وكان الواجب أن يتناول الاستثناء جميع ما جاء بتلك المادة وربما كان ما جاء بالفقرة الأولى منها أحق بالتنبيه إلى عدم الإخلال به . ولكن هذا الاقتصار مع ما فيه لا يعنى جواز الإخلال بما جاء بالفقرة الأولى من تلك المادة ولا يدل عليه ولا يمكن أن يعطل النص الصريح لمجرد هذا الاقتصار المعيب ، فلو أن الواقف شرط فى وقفه حرمان ذى الاستحقاق الواجب مما يجب له وكانت لديه أسباب قوية رأت محكمة التصرفات بعد تحقيقها أنها كافية لهذا الاشتراط كان هذا الشرط صحيحاً ولا يبطل إذا كان مقيداً لحرية المستحق فى الزواج . وها هى تلك المذكرة التفسيرية تقول فيما أوردته لبيان الفقرة الأولى : « وليس من الإنصاف أن نحد من حرية الواقف ونمنعه إذا أرسل ابنه للتعلم خارج القطر من أن يشترط حرمانه من الاستحقاق فى وقفه إذا هو تزوج من غير أبناء بلده وملته ، هذا الشرط الذى يدل على حسن تقدير الواقف ومبلغ حرصه على ثروة بلده والاحتفاظ بها لقومه و بنى وطنه وحماية أسرته من الاتصال بالساقطات والفرار من الشرور التى تصيب أسرته وأمته من وراء الزواج بالأجنبيات . وليس من العدل أن يحال بين الواقف و بين حرمان كريمته من وقفه إذا هى تزوجت بأحد خدمه أو بمن يعتبر الزواج به معرة تلحق بكرامة أسرته » .

و إذا كانت عبارة المادة ٢٧ مسوقة لبيان حكم اشتراط الحرمان من الاستحقاق الواجب وصحته فى الأحوال التى أوْرَدَتْها فإنها تدل بدلالة النص ومن باب أولى على جواز هذا الشرط فى هذه الأحوال إذا كان متعلقاً بالاستحقاق غير الواجب وما جاء بها من أقوى الأدلة التى تعين تخصيص العموم الوارد بهذه المادة وما أظن أن هناك عقلا يستسيغ صحة هذا الشرط فى الاستحقاق الواجب و بطلانه فى الاستحقاق الاختيارى . فالشرط المقيد لحرية المستحق فى الزواج إذا كان من الزوجة بحرمان زوجها من الاستحقاق إذا تزوج عليها وهى فى عصمته أو كان من الواقف لأسباب تبرره كان شرطاً صحيحاً يجب العمل به ولا يكون من الشروط

الباطلة سواء أكان متعلقاً بالاستحقاق الواجب أم بغيره وعبارة المادة هنا من العام الذى قام الدليل على تخصيصه .

وقد عرض الشارع للشرط إذا كان مقيداً لحرية الموقوف عليه فى الزواج وحكم ببطلانه فى غير الحالتين الواردتين فى المادة ٢٧ ، ولم يعرض صراحة للشرط إذا كان مقيداً لحرية غير الموقوف عليه فى الزواج كالناظر مثلا كما أنه لم يعرض صراحة لما إذا كان الشرط مقيداً لحرية الموقوف عليه فى الطلاق فأهمل التصريح بحكم هذين النوعين لندرتهما واكتفى بأن يكونا كغيرهما من الشروط التى يطبق عليها الضابط العام الذى بالفقرة الثانية من هذه المادة .

وهذا الشرط إذا كان يرمى إلى منع الموقوف عليه من الزواج بتاتاً كان من نوع الشروط غير الجائزة شرعا أى المحرمة لمنافاته لمقاصد الشارع ولكن هذا التخريج لا يتمشى مع ما قرره فريق من الفقهاء ومنهم الحنفية بل مع ما قرره فريق آخر كما سيجىء وقد كان هذا أول باعث للنص على حكم هذا الشرط صراحة وعدم الاكتفاء بالقواعد العامة بعد أن تبين للجنة الفرعية أن ما كان يراد من وضع ملحق للقانون يبين المحرمات فى نظره شاق وغير ميسور ، وإذا كان هذا الشرط يرمى إلى ما عدا ذلك من بقية الصور فقد نظر إليه على أنه تارة يكون غير جائز وتارة يكون شرطاً تعسفياً محضاً وليس من ورائه فائدة يعتد بها فى نظر الشارع ولا فى نظر من يفكرون تفكيراً معتدلا ولذا استثنى من حكمه ما يكون موافقاً للمادة ٢٧ لأن اشتراطه أذ ذاك تكون له ناحية أخرى من مقاصد الشارع تربو على الناحية التى تقتضى بطلانه ويكون أيضاً من مقاصد العقلاء المعتدلين .

١٢٤ — الشرط المقيد لحرية المستحق فى الإقامة

أبطل الشارع هذا الشرط أيضاً واعتبره شرطا غير صحيح ، فإذا شرطه الواقف كان شرطا باطلا أى لا يراعى ولا يعمل به ويكون للمستحق استحقاقه وإن خالفه ولم يعمل به . والمراد من المستحق الموقوف عليه وأن يكون الشرط مقيداً لحريته بصفته مستحقا لا بوصف آخر كالنظر وغيره على ما بينا ذلك فى شرط الزواج . والإقامة

محى الاستيطان والسكنى على الوجه المعتاد فلا يشمل التردد ولا النزول العابر لغرض وقتى كالضيافة . وما قدمناه فى شرط الزواج من معنى تقييد الحرية فيه وجوداً وعدما ومدى ذلك يجرى كله هنا فلا نطيل بإعادته ، وهذا الشرط كسابقه قد كثر وروده فى كتب الواقفين على أوضاع وصور شتى و بعبارات مختلفة ، والمدار فيه على أن يكون قد أريد به الشرطية وتقييد الحرية فى الإقامة ويستوى فى ذلك ما إذا كان هذا المعنى بصيغة الشرط أو بالغاية أو بالوصف ، أما إذا ذكرت الإقامة لبيان الموقوف عليهم ، منفردة أو مع وصف آخر فإنها لا تكون من قبيل الشرط المقيد لحرية المستحق فى الإقامة كما بينا من قبل فى شرطا الزواج ، فلو جعل وقفه مصروفاً ريعه إلى المقيمين برباط معين أو مدرسة معينة أو اللاجئين إلى ملجأ معين من العجائز أو النسوة ، أو جعله لمن يقيمون فى داره لم يكن كلامه منطوياً على شرط يقيد حرية المستحق فى الإقامة ولا يكون إلا محض بيان للموقوف عليه فلا يطبق عليه هذا الشرط ، ولكن إذا ذكرت الإقامة فى بيان الموقوف عليهم وأخرجت مخرجه وكان ذلك فى الواقع بمعنى الشرط اعتبر منه وطبق عليه حكمه ، كمن وقف على نفسه ثم قال إن ريع الوقف بعده يصرف على أولاده وذريته وعائلاتهم وخدمهم فى نفقة وكسوة تليق بهم ما داموا مقيمين بمنزله المعين وإذا خرج أحدهم من هذا المنزل وترك المقام به مع العائلة وكان ذلك سفها منه لم يكن من المستحقين لريع وقفه هذا ، فهذا الكلام وإن أخذ فى مظهره بيان الموقوف عليهم معناه واضح وهو أن الموقوف عليهم هم أولاده وذريته وعائلاتهم وخدمهم وأن الإقامة فى منزله شرط اشترطه عليهم فى الاستحقاق فهو ومن وقف على أولاده وذريته بإطلاق ثم شرط أن من لم يقم بمنزله حرم من الاستحقاق سواء فى المعنى وفى الحكم .

وقد جاء فى صدر الفقرة الأولى من هذه المادة النص على عدم الإخلال بأحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٧ ، وهذا النص منصب على كل ما جاء بفقرة هذه المادة من الأحكام . ولكن الفقرة الثانية من المادة ٢٧ ليس فيها شيء مرتبط بالإقامة

واشتراطها فلا يظهر لهذا النص أثر فى حكمها . وقد بينا من قبل أن عدم النص هنا على عدم الإخلال بأحكام الفقرة الأولى من المادة ٢٧ لا يفيد جواز الإخلال وأن حكمها يجب أن يراعى . فإذا كان لدى الواقف أسباب قوية تحمله على اشتراط حرمان المستحق من الاستحقاق الواجب له إذا أقام أو لم يقم على وجه معين ورأت محكمة التصرفات بعد تحقيقها أنها كافية لذلك واشترط ذلك كان شرطه صحيحاً يجب الوفاء به ويترتب على مخالفته أثره وإن كان شرطاً مقيداً لحرية المستحق فى الإقامة ، وذلك كمن عرف من سلوك ابنه أنه يختار سكناه فى حى البغاء ويقيم مع الساقطات لأغراض مزرية بأبيه وأسرته فاشترط فى وقفه حرمانه من الاستحقاق إذا لم يقم فى الأحياء الطاهرة واستمر على الإقامة فى هذا الحى أو غيره من الأحياء الموبوءة ، ومن عرف عن بنته أنها تكثر من هجر بيت زوجها لأغراض سيئة وتقيم فى منزل شخص آخر فاشترط حرمانها من الاستحقاق إذا أقامت مع هذا الشخص أو أقامت خارج بيت زوجها بدون عذر مشروع ، ومن طلق زوجته المعروفة بسوء السيرة وأقامت بعيدة عنه وكان له منها بنت كبيرة لا ترضى بغير الإقامة معها فاشترط حرمانها من الاستحقاق إذا أقامت مع هذه الأم . كما بينا أيضاً أن عبارة الفقرة المذكورة مسوقة لبيان الحرمان أو اشتراطه بالنسبة للاستحقاق الواجب ولكن حكمها بالنسبة للاستحقاق الاختيارى مستفاد من دلالة النص ، فالشرط المقيد لحرية المستحق ، استحقاقاً واجباً أو اختيارياً فى الإقامة، يكون شرطاً صحيحاً إذا اشترط طبقاً للفقرة المشار إليها ويكون مستثنى من الحكم الوارد بهذه المادة .

وقد نظر الشارع إلى هذا الشرط عدا ما استثنى ، على أنه شرط تعسفى محض فى كثير من الأحوال وأن الأغراض التى حملت وتحمل الواقفين على اشتراطه تافهة لا يقام لها وزن عند النظرة الصادقة، والترابط بين بعض أعضاء البيت الواحد إن لم تخلقه العاطفة الصادقة والبواعث الصحيحة لا يمكن أن يخلقه مثل هذا الشرط الذى كثيراً ما يؤدى إلى عكس المقصود منه ويخلق الشحناء والتباغض ، على أن شرط الإقامة مع باقى المستحقين أو فى دار الواقف قد لا يكون من الميسور له

بحال فقد يكون ذا منصب يحتم عليه أن يقيم فى جهة أخرى أو تحمله حاجات المعيشة أو طلب العلم على الإقامة فى بلد آخر إلى غير ذلك من الظروف التى لا يتيسر معها تنفيذ شرط الواقف إلا بضرر بين أو تفويت مصلحته . لكن إذا كان لدى الواقف من الأسباب القوية التى تبيح له الاشتراط طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٢٧ كان غرض الواقف غرضاً صحيحاً مشروعا فتجب مراعاة شرطه .

١٢٥ — الشرط المقيد لحرية المستحق فى الاستدانة

قد سبق القول فى معنى المستحق ومعنى تقييد الحرية فى شرط الزواج . والمراد بالاستدانة إثبات الدين فى ذمة المستحق وتقرره فيها كما أشارت إلى ذلك المذكرة التفسيرية إشارة واضحة ، فالاستدانة كما تكون بالتداين والاقتراض تكون بالشراء نسيئة ، وبالكفالة ، وبالإتلاف الموجب للضمان ، وغير ذلك من الأسباب التى تقتضى ثبوت دين فى ذمة المستحق .

وشرط الاستدانة من الشروط الشائعة فى كتب الواقفين ويرد فيها على أوضاع وبصيغ مختلفة ، فمنهم من يشترط أن من استدان من الموقوف عليهم كان محروماً ، ومنهم من يقول « من تداين » ، ومنهم من يضم الى إحدى هاتين الكلمتين « أو لحقه دين » ، ومنهم من يكتفى باشتراط الاستدانة أو التداين ولحوق الدين للحرمان ، ومنهم من يقيد ذلك بأن يترتب عليه الحجز على الأعيان الموقوفة أو حاصلات الوقف ، ومنهم من يكتفى بالحرمان ، ومنهم من يسنده إلى وقت سابق على الاستدانة أو توقيع الحجز ، ومنهم من يحرم المستدين حرماناً مطلقاً ، ومنهم من يجعل له فى نصيبه نفقته ويجعل ما زاد عنها استحقاقاً لولد المحروم أو لمن يستحقه بعده على فرض موته ، ومن تتبع كتب الواقفين عرف أن من أغراض بعض الواقفين حمل الموقوف عليه على عدم الاستدانة وأن من أغراض البعض الآخر فوق هذا حماية الموقوف عليه من دائنيه وقد يكون ذلك هو الغرض الأول .

وقد نظر الشارع إلى هذا الشرط على أنه شرط تعسفى كثيراً ما يكون سبباً فى تفويت مصلحة الموقوف عليه والإضرار به وخاصة حينما تطرأ عليه حاجة عاجلة

مشروعة تتقاضاه الاستدانة ، ويكون معنى التعسف فيه أوضح إذا كان سبب الدين كفالة أو ضمان متلف ، هذا إلى ما فى بعض أوضاعه من التغرير بالآخرين الذين يتعاملون مع الموقوف عليه الذى لا مال له سوى استحقاقه فى الوقف، فلهذه الاعتبارات حكم ببطلان هذا الشرط ولكنه لم يبطله فى جميع الأحوال . وإنما أبطله فى حالة ما إذ كانت الاستدانة لمصلحة أما إذا كانت الاستدانة لغير مصلحة فإن هذا الشرط لا يبطل ويبقى صحيحاً ويعامل الموقوف عليه بمقتضاه . والمصلحة هى النفع والفائدة للمستحق دون غيره ، ومن البين أنه لا يقصد أى نفع يجىء له من وراء الاستدانة مهما كان بل المراد مصلحة وفائدة تكون مما يحمل حسنى التصرف عادة على الاستدانة وأن تكون الاستدانة هى الطريق الوحيدة أو أيسر الطرق إلى تحقيق هذه المصلحة أى مصلحة ذات شأن كما قالت المذكرة التفسيرية حين الكلام على المادة ٣٣ . ولجنة الأحوال الشخصية كانت قد اشترطت لبطلان هذا الشرط أن تكون استدانة الموقوف عليه لمصلحة راجحة فيكون الشرط معمولا به إذا كانت الاستدانة لغير مصلحة أصلا أو كانت لمصلحة غير راجحة ، وقد اعترض بعض الشيوخ على تقييد المصلحة بأنها راجحة بوجهة نظر اقتصادية فاستجاب له المجلس واستبعد هذا القيد وبقى مستبعداً . وكما استثنى هنا صراحة من البطلان ما إذا كانت الاستدانة لغير مصلحة ، يجب أن يستثنى منه أيضاً ما إذا كان الواقف قد اشترطه لأسباب قوية رأت المحكمة كفايتها طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٢٧ ويعمل بشرطه فى الاستحقاق الواجب والاستحقاق الاختيارى على السواء ، وذلك كمن عرف عن ابنه أنه يقترض من مراب أجنبى معين عرف بأنه يقرض الناس بالربا الفاحش وأنه يستعمل مع ذلك أساليب متنوعة لمضاعفة هذا الفحش ثم لا يلبث أن يجر معامله إلى المحاكم المختلطة ولا تكون عاقبته إلا استغراق ماله وضياعه فأراد أن يحمل ابنه على الابتعاد عن معاملة هذا المرابى وشرط أنه إذا استدان منه كان محروما لم يكن شرطه باطلا ووجب العمل بمقتضاه وإن كان الابن يستدين منه لمصلحة ، وكمن عرف عن ابنه أنه سهل الانقياد إلى أصدقائه ومعارفه وأنه

يستجيب إلى كل من يدعوه إلى الكفالة ، موسراً كان أو معسراً ، حسن الأداء أو مماطلا ، فاشترط حرمانه من الاستحقاق إذا لحقه دين بسبب الكفالة فهذا الشرط صحيح وله ما يبرره ويجب أن يعامل المستحق بمقتضاه . أما الفقرة الثانية من المادة ٢٧ فليس من بين أحكامها ما له علاقة بالاستدانة .

١٣٦ — والأحكام الخاصة بهذه الشروط الثلاثة التى اشتملت عليها الفقرة الأولى من هذه المادة كما تطبق على الأوقاف التى صدرت أو تصدر بعد العمل بهذا القانون تطبق على الأوقاف التى صدرت قبله طبقاً لنص المادة ٥٦ ، غير أن الاستثناءات التى بيناها فى هذه الشروط إنما جاءت من نص المادة ٢٧ ، وهى لا تطبق إلا على الأوقاف التى تصدر بعد العمل بهذا القانون والأوقاف التى صدرت قبله وكان واقفوها أحياء عند العمل به ولهم حق الرجوع عنها ولا تطبق على الأوقاف التى مات واقفوها قبل العمل به ولا على الأوقاف التى لم يمت واقفوها قبل ذلك ولكن ليس لهم حق الرجوع عنها فالمادة ٢٧ لا تصلح مخصصاً لأحكام هذه المادة بالنسبة للأوقاف التى لا تطبق عليها إذ ليس لها حكم فيها ، وهذا يقتضى حتما أن هذه الشروط تبطل طبقاً لأحكام المادة ٢٢ بالنسبة لهذه الأوقاف بدون استثناء ، فيبطل ما شرط فيها من الشروط المقيدة لحرية المستحق فى الزواج وإن كان شرطاً اشترطته الزوجة لحرمان زوجها من الاستحقاق فى وقفها إذا هو تزوج عليها وهى فى عصمته أو كان شرطاً أملته أسباب قوية تبرره ، وهكذا يكون الحال فى الشرطين الآخرين ، وهذه النتيجة ، وإن كانت قاسية وفيها تفرقة لا مبرر لها ولا تتفق مع أغراض الشارع ، نتيجة حتمية لمعانى النصوص الواضحة ولا يمكن الفرار منها ودليل التخصيص بالنسبة لهذه الأوقاف غير موجود وحكمة التشريع لا يمكن الاعتماد عليها وحدها لتعطيل النص أو تخصيصه لأن تخلفها فى بعض الصور لا يدل على إرادة الشارع التخصيص لا التعميم فالحكمة لا يلزم اضطرادها ولا تحققها فى جميع الصور وتخلفها فى بعض الأحيان لا يقتضى تخلف الحكم فيما تخلفت فيه ، وهذا المعنى مقرر وهو أصل ثابت يتفق فيه فقهاء المسلمين مع غيرهم .

وطبقاً للمادة ٥٧ لا تطبق هذه الأحكام فى الأحوال التى خولفت فيها هـذه الشروط قبل العمل بهذا القانون ، أى أنها لا تطبق على الحوادث السابقة ، فمن اشترط حرمانه إذا تزوج وخالف هذا الشرط قبل العمل بهذا القانون كان محروماً ولا يعود له الاستحقاق بعد هذا القانون ويبقى معاملا بمقتضى هذا الشرط هو وكل من يتناوله هذا الشرط كمن شرط أنه إذا تزوج ابنه بفلانة كان محروماً من الوقف هو وذريته منها أو هو وذريته منها ومن سواها فخالف الشرط وتزوج بها قبل العمل بهذا القانون عومل بمقتضى هذا الشرط هو وذريته ، وكذلك يكون الحكم فى شرطى الإقامة والاستدانة . وعودة الاستحقاق إذا زال سبب الحرمان مسألة أخرى يأتى القـول فيها بعون الله ومشيئته فى شرح المادتين ٢٥ و ٣٤ ، ومخالفة هذه الشروط قبل العمل بهذا القانون يترتب عليها أثرها ولا تطبق عليها الأحكام الواردة هنا صدر حكم بمقتضاها أو لم يحكم به، كان المخالف مستحقاً بالفعل حين المخالفة أو لم يكن مستحقاً، جاء وقت استحقاقه قبل العمل بالقانون أم لم يجىء فمن وقف على نفسه ثم على أولاده وذريتـه ، وشرط فى وقفه أن من تزوجت من بناته بابن أخيه فلان كانت محرومة هى وذريتها من الاستحقاق فى هذا الوقف فتزوجت بنت له فى حياته بابن أخيه هذا ترتب على هـذه المخالفة أثرها وصارت محرومة من الوقف وإن كانت غير مستحقة بالفعل حين المخالفة وكذلك تحرم ذريتها من الوقف ، من ولد قبل المخالفة ومن ولد بعـدها ، ولد قبل العمل بهذا القانون أو ولد بعده ، ونظراً لأن وجهة الشارع التى حدت به إلى الأخذ بعـدم الرجعية فى الاستحقاق هى حماية الحقوق التى تقررت اقترحت فى لجنة التنقيح أن يقتصر أثر مخالفة هذه الشروط قبل العمل بهذا القانون على حرمان من يخالفها إذا كان الاستحقاق كان يؤل إليه قبل القانون إذ فى هذه الحال يكون الحق فى نصيبه قد ثبت فعلا لمن جعله له الواقف بعد حرمانه ويصح أن يقال أنه صار حقاً مكتسباً له فلا ينزع منه ، أما إذا كان المخالف لم يأت وقت استحقاقه قبل العمل بالقانون فإن الآخر لم يكسب شيئاً فعلا وكل ماثبت له هو مجرد الأمل فى أن يتناول ما كان

المحروم سيتناوله فيما بعد ومثل هذا لايقال له حق مكتسب بالمعنى الذى يريد المشروع حمايته و بناء على هذا لايحرم من خالف قبل القانون إذا جاء دور استحقاقه الفعلى بعده وكذلك لاتحرم ذرية المخالف إذا لم يأت دور استحقاقها إلا بعد العمل بهذا القانون ، ولكن هذه الفكرة لم تلق رواجاً وأقرت اللجنة الحكم الوارد بالفقرة الثانية من المادة ٥٧ على الوضع الذى عرفت .

ومخالفة هذه الشروط الثلاثة قبل العمل بهذا القانون ، وإن ترتب عليها عدم تطبيق الأحكام الواردة هنا بالنسبة للمخالف واعتبار هذه الشروط صحيحة بالنسبة لهذه الحالة ، لا يترتب عليها حرمان المخالف لها من نصيبه الواجب له بمقتضى أحكام هذا القانون ، فلوأن الواقف وقف على نفسه ثم على أولاده وذريته بالسوية على ألا يكون للأناث استحقاق إذا تزوجن فتزوجت بنته قبل العمل بهذا القانون ثم صدر القانون وعمل به والواقف حى وكان له الحق فى الرجوع عن هذا الوقف ثم مات ووقفه على حاله وكان الموقوف كل ماله وكان ورثته عند موته بنته المتزوجة وابناً وزوجة وتبين أن اشتراط حرمان من تتزوج من الأناث ليس له ما يبرره ، كان لزوجته سهمان من أربعة وعشرين سهماً ينقسم إليها صافى ريع هذا الوقف ولبنته المتزوجة أربعة أسهم وثلثا سهم من ذلك ، وهذا هو الاستحقاق الواجب لكل منهما طبقاً للمادتين (٢٤ و ٣٠) ويكون الباقى من الريع جميعه للإبن ، ولا يقال إنه لاحق لهذه البنت فى غلة هذا الوقف أصلا لأنها محرومة بشرط الواقف الصحيح بالنسبة لها طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٥٧ حيث تمت مخالفته قبل العمل بهذا القانون ، لا يقال هذا لأن استحقاقها الواجب حق ثابت لها لا يصح حرمانها منه ولا اشتراط ما يقتضى هذا الحرمان إلا طبقاً للنصوص الواردة فى هذا القانون بشأن الاستحقاق الواجب وحدها والفقرة المشار إليها ليست من هذه النصوص فلا يعتمد عليها فى حرمانها . على أن هذه البنت ، وهى موقوف عليها فى حال دون حال ، لاتكون أسوأ حالاً منها إذا حرمها الواقف ولم يقف عليها أصلا ، ولا تكون أسوء حالا من الزوجة التى كانت محرومة حرماناً باتاً . أما ما زاد عن استحقاقها

الواجب وكانت تستحقه لو لم تكن قد تزوجت قبل العمل بهذا القانون وهو ستة أسهم وثلث سهم فإنها لا تستحقه لأنه استحقاق غير واجب وقد حرمت منه حرماناً معتبراً فى نظر القانون حيث خالفت الشرط المقيد لحريتها فى الزواج قبل العمل به.
أما إذا كانت هذه البنت لم تتزوج إلا بعد العمل بهذا القانون فإنها تستحق أحد عشر سهماً من ريع هذا الوقف مثل أخيها لأنها لم تخالف الشرط قبل العمل بهذا القانون ولم تتزوج إلا بعد أن بطل الشرط بصدور هذا القانون طبقاً لهذه المادة، وهو ليس شرطاً محترماً طبقاً للمادة ٢٧، والاستحقاق الزائد على النصيب الواجب الذى جعله الواقف لها فى الوقف، لولا هذا الشرط، يخرج من الثلث فتقتسم مايبقى من الريع بعد النصيب الواجب للزوجة هى وأخوها مناصفة طبقاً لشرط الواقف.

وأحكام هذه الشروط الثلاثة لا تطبق على الأوقاف الواردة بالمادة ٦١ من هذا القانون لأن المادة ٢٢ من المواد المستثناة هناك، فهذه الشروط تبقى صحيحة معمولا بها بالنسبة لهذه الأوقاف كما كان الحال قبل صدور هذا القانون، وإن خولفت عومل المخالف بمقتضى هذه المخالفة، كانت قبل العمل بهذا القانون أو بعده.

ومما سبق جميعه يتضح أن هذه الشروط تكون صحيحة ويعمل بمقتضاها فى الأحوال الآتية:

(ا) فى الأوقاف الواردة بالمادة ٦١ فى جميع الأحوال.

(ب) فى الأوقاف الأخرى التى لا تطبق عليها أحكام الاستحقاق الواجب إذا خولفت قبل العمل بهذا القانون، ولكنها لا تكون صحيحة إلا بالنسبة للحالة التى وقفت فيها المخالفة وحدها.

(ج) فى الأوقاف الأخرى التى تطبق عليها أحكام الاستحقاق الواجب إذا كانت جائزة طبقاً لأحكام المادة ٢٧ بفقرتيها، وتكون صحيحة بالنسبة للاستحقاق الواجب بعبارة النص وبالنسبة للاستحقاق الاختيارى بدلالة النص. وهذا كما يكون فى الأوقاف اللاحقة يكون فى الأوقاف السابقة.

وكذلك إذا لم تكن جائزة طبقاً للمادة ٢٧ ولكنها خولفت قبل العمل بهذا

القانون فإنها تكون صحيحة بالنسبة للحالة التى وقعت فيها المخالفة وحدها وبالنسبة للاستحقاق الاختيارى دون الاستحقاق الواجب ، وهذا لا يكون إلا فى الأوقاف السابقة .

(د) شرط الاستدانة فى الأوقاف الأخرى فى الحالة التى تكون فيها الاستدانة لغير مصلحة ، ويكون الشرط فى هذه الحالة صحيحاً حتى بالنسبة للاستحقاق الواجب لأنه إذ ذاك يكون شرطاً جائزاً طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٢٧ . أما إذا كانت لمصلحة فيكون كبقية الشروط فيما ورد بالفقرات الثلاث السابقة .

١٢٧ — القاعدة العامة .

بعد أن أورد الشارع بعض الشروط التى أراد النص على بطلانها بنص خاص لما ذكرنا من قبل ، أورد قاعدة عامة للنوع الثالث من أنواع الشرط الباطل فحكم ببطلان كل شرط لا يترتب على عدم مراعاته والعمل به تفويت مصلحة للواقف أو الوقف أو المستحقين . وهو لا يريد هنا الحكم على أى شرط كائناً ما كان ، فإن من الشروط ما هو باطل لمنافاته للعقد أو لعدم جوازه شرعا فاتت بإهماله فائدة لهؤلاء أو لم تفت ، ومنها شروط نظر إليها الشارع نفسه وقدر ما فيها واختار بطلانها فهى لا تخضع بعد ذلك فى بطلانها لضابط ولا لتقدير أحد ، بل تطبق فيها نصوصه من غير نظر إلى فوات مصلحة أو عدم فواتها كالشروط الثلاثة السابقة ، وحرمان المستحق من الاستحقاق الواجب ، وشرط النظر بعد القسمة وبالنسبة للمستغل المشترك الذى يشترى بأموال البدل طبقاً للمادة ١٥ ، ومنها شروط احترمها وقرر صحتها صراحة أو ضمناً كالشروط الواردة بالمادتين ٢٧ و ٢٨ والشروط المشار إليها فى المادة ٥٨ فكل هذه الشروط لا شأن لهذا الضابط بها ولا تخضع لميزانه وهو لا يعنيها ولم يوضع لها بل وضع لما عداها من الشروط .

والمصلحة هى الفائدة والنفع ولكن لابد أن يكون ذلك مما تحرص النفوس عليه عادة بحيث لا يكون تافهاً حقيراً وإلا كان وجوده وعدمه سواء ولا يسمى

فى عرف الناس مصلحة . وليس من شرط المصلحة أن تكون عاجلة بل كما تكون عاجلة تكون مرتقبة ولكن على شريطة أن تكون متيقنا بها أو مظنونة أما إذا كانت موهومة فأنه لا يعتد بها لأن الراجح ألا تكون . ولا اعتداد بالمصلحة أيضاً إذا كانت غير مشروعة أو كانت فيها مفسدة تربو عليها لما هو مقرر من النظر إلى الأقوى وحده واعتبار الأضعف المصاحب له معدوما لا يدار عليه حكم، وتساوى المفسدة والمصلحة أمر عقلى لا يكاد يتحقق عمليا ، و إذا كانت المصلحة تربو على المفسدة فالعبرة بالمصلحة وتعتبر المفسدة غير موجودة . ورغبة فى أداء هذه المعانى على وجه منضبط لا لبس فيه قيدت لجنة الأحوال الشخصية المصلحة بأن تكون راجحة ولكن مجلس الشيوخ حين الكلام فى حذف هذا القيد من شرط الاستدانة طلب إليه حذف هذا القيد هنا أيضاً فاستجاب لذلك بدون مناقشة ، وقد استبقت لجنة التنقيح النص كما أقره مجلس الشيوخ اتقاء للجدل فى المستقبل ومراعاة منها لمعنى المصلحة عرفا ولما هو مقرر عند الفقهاء وعلماء الأصول من أن المفسدة إذا ربت على المصلحة اعتبرت الأخيرة غير موجودة وهذا يكفى فى فهم المراد وأن كان فى النص شىء من الاحتمال ، ولو أنه أريد من القاعدة احترام أى مصلحة مهما كانت تافهة صاحبتها مفسدة تربو عليها أولا لكان ضابطاً لشروط تافهة قل أن توجد ولكان أقرب إلى العبث واللغو منه إلى التشريع وتقرير الأحكام التى تدعو الحاجة إلى تطبيقها . وعدم فوات المصلحة إذا أهمل الشرط ولم يعمل به صادق بما إذا لم يكن من وراء إهماله نفع من جلب مصلحة أو دفع مفسدة ولا ضرر ، و بما إذا كان من ورائه ضرر ، وهذا الأخير هو الأكثر تحققا،وهو الذى كان محل نظر من وضعوا هذا القانون وموضع عنايتهم .

والشارع لم يراع مصلحة أى إنسان كائناً من كان بل أدار الحكم على عدم فوات مصلحة للواقف أو الوقف أو المستحقين وحدهم ولم ينظر إلى مصلحة من عداهم فإذا كان إهمال شرط الواقف لايفوت مصلحة على أحد من هؤلاء كان الشرط باطلا و إن فاتت ببطلانه مصلحة لغيرهم . والواقف قد ذكر فى مقابلة الوقف

والمستحقين فدل ذلك على أن الشارع يريد مراعاة مصلحته مطلقاً ، مستحقاً كان أو غير مستحق كانت مصلحته من ناحية الوقف أو من غير هذه الناحية فمتى كان شرطه فى وقفه يحقق له أى مصلحة مشروعة لا يكون باطلا. والوقف هنا هو الموقوف، ومصلحة أعيان الوقف هى الفائدة التى تعود إليها أصالة. وكل مصلحة مباشرة لأعيان الوقف لا تخلو من مصلحة للواقف وهى بقاء وقفه واستمراره على الأمل كما أنها فى كثير من الأحيان تعود أيضاً إلى المستحقين بالفعل وهى دائماً تعود إلى الموقوف عليهم أو بعضهم، وقد كان من الممكن الاستغناء عن ذكر الوقف والاكتفاء بمصلحة الواقف والموقوف عليهم غير أن ذلك قد ذكر زيادة فى الاحتياط ولشمول مصلحة الموقوف عليهم غير المستحقين وللرغبة فى إبراز هذا المعنى واضحاً ولاتقاء كل لبس واحتمال . ومستحقو الوقف هم المتناولون لغلته والمستوفون لمنافعه بالفعل. وقد أضيفت المصلحة إلى المستحقين فالمراعى هو مصلحتهم بهذا العنوان ومصلحتهم جميعاً لا مصلحة بعضهم فيكون معناها المصلحة التى تعود إلى الاستحقاق جملة من غير نظر إلى مستحق دون آخر .

والبطلان كما يكون عاما شاملا لجميع الأحوال يكون نسبياً وفى بعض الأحوال فإن من الشروط ما يكون إهماله مفوتاً لمصلحة هؤلاء أو أحد منهم فى حال دون حال وفى وقت دون وقت ، فحيث لا يكون إهماله مفوتاً يكون باطلا وحيث يكون مفوتاً يكون صحيحاً مرعياً يجب الوفاء به والعمل بمقتضاه ولهذا قد يتوارد على الشرط الواحد كل من البطلان والصحة مرة أو مراراً تبعاً لتحقق ذلك المعنى وعدمه ، فالمراد من البطلان هو مخالفته وعدم العمل به حينما لا تكون فائدة من ورائه وليس المراد منه زواله وتلاشيه وعدم العودة إلى العمل به على أى حال .

و بطلان الشرط بهذا المعنى حكم قرره القانون غير مقيد بقيد ولا متوقف على إذن بالمخالفة، فأصبح الحال هنا مختلفاً تماماً عما كان متبعاً من قبل فى مخالفة شروط الواقفين، فقد كانت المخالفة لا تكون إلا إذا كانت المصلحة تدعو إليها فأصبحت جائزة إذا لم يكن فى اتباع الشرط مصلحة ،وأخذا بظاهر كلام الأكثرين من فقهاء الحنفية ما كانت تحصل إلا فى مسائل معينة وقل من كان يتخطاها أما الآن فقد أصبح

الحكم عاما شاملا ، وما كانت تخالف فى أكثر المسائل إلا بإذن القاضى أما الآن فلا حرج من المخالفة إذا وقعت بدون إذنه أو حكمه ولكن إذا أراد ذو الشأن فيها الالتجاء إلى القاضى درءا للمسئولية أو رغبة فى الاحتياط فلا حرج فى ذلك أيضاً ، كما أن الالتجاء إليه قد يكون ضروريا إذا كان الأمر لايمكن أن يتم بدون تدخله.

١٢٨ — طائفة من الأمثلة .

بعد إيضاح هذه القاعدة وشرحها هذا الشرح النظرى يحسن إيراد بعض الأمثلة ليتم بها جلاء معناها ويتبين منها مدى تطبيقه .

١ — ورد فى كثير من كتب الواقفين اشتراط صرف الريع أو جزء منه فى صنع الخبز أو شرائه أو صنع أطعمة معينة ليقدم ذلك إلى طلبة العلم أو المتصوفة أو ليتصدق به على الفقراء عند أبواب الأضرحة أو عند قبور معينة ، واشتراط أن يكون الصرف والتصدق بخصوص الخبز والأطعمة لا تظهر فيه أى فائدة يعتد بها بالنسبة للواقف وكل ما يعود عليه هو جريان الصدقة ووصول ثوابها إليه ولم يحمله على تعيين ذلك إلا اتباع ما جرت به العادة والرغبة فى التيسير على من يصرف إليهم فإذا لم يكن لهم فائدة من التزام ذلك وكان صرف الريع نفسه إليهم أكثر نفعاً لهم وأدخل فى الاحتفاظ بكرامتهم لم يبق فى هذا الشرط فائدة للواقف ولا للمستحقين بل أصبح إهماله خيراً له من العمل به فيكون طبقاً لحكم هذه القاعدة شرطاً باطلا أى شرطاً تجوز مخالفته ولا يعمل به إذ لا يترتب على عدم مراعاته تفويت مصلحة للواقف أو المستحقين ، أما الوقف فلا شأن لمصلحته بهذا الشرط .

ومن وقف على نفسه ثم من بعده يصرف ريع وقفه على أولاده وذريته وخدمهم وعائلاتهم من نفقة وكسوة تليق بهم ما داموا مقيمين بمنزله ويصرف منه للواردين والمترددين على منزله حسب عادته حال حياته فإن انقطع الواردون أو المترددون عن منزله يكون نصف الريع لعموم الفقراء وإن خرج أحد من المنزل وترك المقام مع العائلة وكان ذلك سفهاً منه لا يستحق شيئاً من ريع الوقف ، من وقف على هـذا الوجه فإن شرطه فى الضيافة والإنفاق على الواردين والمترددين شرط صحيح يجب

الوفاء به ما دام هناك واردون ومترددون على منزله،ولا يصح التصدق بنفس الريع فى هذه الحال لأن فى عدم العمل بشرطه تفويت مصلحة للواقف وهى استدامة ذكراه والاحتفاظ لبيته وأسرته بالذكر الحسن كما أن صرف الريع على هذا الوجه مدعاة إلى طلب الرحمة والمغفرة له ، وكل أولئك من المصالح الدينية والدنيوية المشروعة المرعية التى يغلب على الظن فواتها إن لم يوف بشرطه فيبقى صحيحاً ويعمل به . أما شرطه إقامة ذريته فى منزله فهو شرط باطل وإن فاتت ببطلانه مصلحة للواقف أو لغيره كما قدمنا . وببطلان شرط الإقامة لا يبقى لاشتراط صرف الريع على ذريته فى خصوص النفقة والكسوة أى فائدة لا للواقف ولا للمستحقين ،وربما كانت تظهر له فائدة حين وجوب الإقامة أما الآن فلا ، ويكون شرطاً لا فائدة فيه للواقف ولا للمستحقين فيكون باطلا ويصرف لذريته من نفس الريع نصيبهم يتصرفون فيه كما يريدون .

ومن الواقفين من وقف أعيانا على مصالح مسجد معين واشترط احتجاز جزء معين من الريع سنوياً ليشترى بما يجتمع منه أعيان تلحق بوقفه يكون حكمها كحكمه وشرطها كشرطه ، ولا ريب أن غرض الواقف من هذا الشرط ليس إلا العمل على زيادة الموقوف ووفرة الريع لتكون مصالح المسجد وصيانة الأعيان الموقوفة مكفولة على أتم وجه ، فما دام الغرض الذى يرمى إليه قائما كان شرطه صحيحا ويجب الوفاء به ، أما إذا صار الريع وفيراً يفى بمصالح المسجد وعمارة الأعيان وصيانتها ويزيد وأصبح العمل بشرطه احتياطاً لا مبرر له صار شرطه هذا باطلا أى لا يعمل به، ولا ينظر إلى المصلحة الموهومة وهى احتمال حدوث حادث غير مرتقب يتخرب بسببه الموقوف أو الموقوف عليه ولا يصرف ما خصص للشراء فيه بل يصرف فيما يصح صرفه فيه شرعا سوى ذلك . ولو فرض أن الأعيان ضعفت أو احتاج الموقوف عليه أو كان من المنتظر القريب حاجته إلى كل الريع أو أكثر منه وكان فى العمل بهذا الشرط فائدة وجبت العودة إلى العمل به فى هذه الحال ووجب أن يعتبر إذ ذاك شرطاً صحيحاً ، وهكذا يتغير حكمه كلما تغير الحال .

ب — ومن الواقفين من يشترط فى وقفه النظر عليه لأجنبى عن أهل الوقف ويسمى له أجراً فيوجد من هو أحسن منه بصراً وأفضل إدارة وأشد أمانة ويرغب فى إدارته بلا أجر براً منه بالموقوف عليهم فإذ ذاك يصبح شرط النظر لمن ذكر شرطاً باطلا ويعتبر أنّ الوقف قد خلا من ناظره فيقيم القاضى فى النظر هذا الأفضل المتبرع ، وإنما بطل هذا الشرط لأنه لا يترتب على عدم مراعاته تفويت مصلحة للواقف فكل مصلحته أن يتولى إدارة وقفه أمين قادر فإذا وجد أفضل ممن اختاره تحقق غرضه وأكثر منه ، أما الوقف والمستحقون فلا يفوت عليهم شىء بل يكون من خيرهم ، وخاصة المستحقين ، أن يتولى النظر عليه هذا الأفضل المتبرع . ولا عبرة بإرادة الواقف التى يعبر عنها شرطه ما دامت لا فائدة منها ، لا له ولا للوقف ولا المستحقين، كما أنه لا عبرة بفوات مصلحة الناظر وضياع أجر النظر عليه . ولو فرض أن هذا الأفضل مات أو ترك النظر ولا يوجد من هو أفضل ممن شرط له النظر عادت له الولاية بمقتضى هذا الشرط لانه أصبح صحيحاً فى هذه الحال، وكذلك يكون الحكم لو أن الواقف شرط النظر على وقفه لأجنبى وكان فى المستحقين من يستطيع القيام بالنظر على الوقف كما يقوم به هذا الأجنبى وتبين أنه شرط لا يترتب على عدم مراعاته تفويت مصلحة لأحد ممن ذكروا بهذه المادة .

ولو أن الواقف شرط النظر على وقفه لأكثر من واحد ولم يكن فى اشتراط التعدد فائدة ولا يترتب على عدم مراعاته تفويت مصلحة للواقف أو الوقف أو المستحقين كان شرطه بالنسبة للتعدد باطلا ، فإذا مات أحد النظار أو خرج أو أخرج من النظر كانت الولاية على الوقف لمن بقى منهم من غير حاجة إلى إفراد من القاضى حتى إنهم إذا تصرفوا بدون ذلك صحت تصرفاتهم بما لهم من الولاية الكاملة ولا يؤاخذون على القيام بهذه التصرفات بحجة أن القاضى لم يفردهم بالنظر. وإذا كان الجميع باقين كان النظر لواحد منهم فقط لأن شرط التعدد باطل ويكون تعيين من له حق النظر بطريق الترجيح فإن لم يمكن فلا مناص من بقائهم جميعاً . أما إذا كان فى التعدد فائدة يعتد بها فإن الشرط يكون صحيحاً ويجب العمل به

كما لو كان أمر الوقف يحتاج إلى أكثر من رأى ، كإدارة مستشفى أو مدرسة أو نحو ذلك مما دلت التجربة على أنها تحتاج إلى رأى أكثر من واحد وخاصة فيما يتعلق بالأمور الفنية . و بطلان الشرط فى الحالات التى يبطل فيها حكم قانونى كما قدمنا غير أنه فى مسائل النظر يحتاج الأمر إلى بحث وتمحيص حتى يظهر بطلان الشروط وزوال الولاية عمن شرطت له واختيار الصالح أو تعيينه وما يتبع ذلك من أخذ رأى المستحقين وأشباه ذلك ، وكل هذا بطبيعته لا يمكن أن يتم بعيداً عن القضاء ولا بد من الالتجاء إليه .

ولو أن شخصاً بنى مدرسة أو مسجداً ووقفه ووقف على مصالحه وعين فى كتاب وقفه من يقوم بالخطابة أو الأمامة أو التدريس مدة حياته ووجد من هو أفضل منه ويريد القيام بذلك بأجر مثل أجره يبطل شرط الواقف بالنسبة له ولا يجب العمل به ويعين الأفضل مكانه إذ لم تظهر لهذا الشرط فائدة للواقف ولا للوقف ولا للمستحقين . ولا عبرة بفوات مصلحة المعين من الواقف وإن كان بتعيينه من الواقف صار مستحقاً إذ لا ينظر إلى كل مستحق بخصوصه وإنما ينظر إلى مصلحة المستحقين جميعاً أى إلى المصلحة التى تعود إلى نفس الاستحقاق كما بينا من قبل .

ج — ولو وقف أرضاً له على مدرسة أو مسجد واشترط فى وقفه ألا تؤجر هذه الأرض لغير أولاده وذريته وكانوا يرغبون فى استئجارها بأجر مثلها كان شرطه صحيحاً ويجب العمل به لأن فى عدم مراعاته تفويت مصلحة على الواقف وعلى أعيان الوقف فغرض الواقف من هذا الشرط هو إيثار أولاده باستغلال هذه الأرض كما أن من الراجح أن تكون عنايتهم بها والعمل على صلاحها أكثر من سواهم ، وفى الأول مصلحة للواقف وفى الثانى مصلحة للوقف . وإذا كان أولاده لا يرغبون فى استئجارها أصلا أو كانوا لا يرغبون فيه إلا بغبن فاحش أو ظهر بعد أن أجرت لهم مدة أنهم أهملوها إهمالا يضر بتربتها كان فى العمل بهذا الشرط ضرر بالوقف ومستحق الريع. وهو مفسدة تربو على المصلحة التى تعود إلى الواقف

و يعتبر متلاشية لا وجود لها ويكون هذا الشرط إذ ذاك باطلا ولا يعمل به وتؤجر أرض الوقف بأجر مثلها لمن يعنى بصلاحها ، ولا عبرة بفوات مصلحة أولاده لأنهم ليسوا من المستحقين على أنهم لو كانوا من المستحقين لتلاشت مصلحتهم بجانب هذه المفسدة واعتبرت منعدمة . ولو فرض أنه قد وجد بعد ذلك من ذريته من يستأجرها بأجر مثلها ويعنى بها كان الشرط في هذه الحالة صحيحاً ويجب العمل به ، وهكذا . ولو اشترط ألا تؤجر أرض وقفه أكثر من سنة ولم يوجد من يرغب استئجارها لهذه المدة أو تبين أن هذا الشرط لا فائدة فيه كان شرطا باطلا. وكذلك لو شرط ألا تؤجر لذى جاه أو سلطان ولا يخشى من التأجير له أى ضرر كان الشرط باطلا . وكذلك لو اشترط ألا تؤجر لماطل ورغب فى استئجارها من عرف بالمطل ولـكنه يريد تعجيل الأجرة جميعها ولا يخشى من التأجير له أى ضرر آخر بطل الشرط فى هذه الحال وعمل بخلافه .

د — ولو وقف مسجداً وشرط فى وقفه أن له أن يبيعه ويستبدل به متى أراد وأراد الاستبدال به دون أن توجد مصلحة تدعو إلى ذلك بطل شرطه لأنه لا فائدة فيه لأن المساجد لا يراد منها الغلة وإنما يراد منها الصلاة ، والصلاة فيه وفى غيره سواء . أما إذا وجدت مصلحة تسوغ الاستبدال به وتقضى بتحويله فإن الاستبدال به يكون جائزاً بشرطه وبغير شرط كما قدمنا فى الاستبدال ، وفى هذه الحال يكون شرط الواقف صحيحاً لما فيه من الفائدة ويكون الاستبدال إذ ذاك من حق الواقف لا من حق المحكمة .

ولو شرط ألا يستبدل بوقفه أصلا ووجدت مصلحة تدعو إلى الاستبدال كان شرطه هذا باطلا لا يعمل به لما فيه من الضرر بالوقف وبالمستحقين ويستبدل بالوقف ولو شرط لنفسه الاستبدال وأراد أن يستبدل بغبن فاحش لا يعمل بشرطه فى هذه الحال ولا يملك هذا الاستبدال لما فيه من الضرر بالوقف ومستحقيه ، ولا يصح ذلك منه على أساس أنه رجوع منه فيما يساوى الفرق لأن الرجوع لا يكون إلا صريحاً ، وليس فى بطلان هذا الشرط فى هـذه الحال فوات مصلحة على الوقف ولا على

المستحقين ، بل فيه دفع مضرة عن المستحقين ، وقد تكون للواقف مصلحة فى محاباة المشترى ، ولكنها مصلحة لا يعتد بها ولا تسمى مصلحة إذ من شرط اعتبار المصلحة أن تكون مشروعة، ومحاباة الإنسان بمالا يملك أن يحابى به أمر غير مشروع ، ولاعبرة بفوات مصلحة من يريد الشراء لأنه ليس واقفاً ولا مستحقاً ، هذا إلى أنها مصلحة من طريق غير مشروع .

ولو اشترط ألا يغير فى معالم الأعيان الموقوفة واقتضت المصلحة التغيير أو تبين أن هذا الشرط لافائدة فيه ولايخشى ضرر من عدم مراعاته كان شرطاً باطلا .

هذه جملة من الأمثلة المتنوعة قد ألمت بأكثر أنواع الشروط التى ترد عادة فى كتب الواقفين مما يتناولها حكم هذه القاعدة ذكرتها للإرشاد بقدر المستطاع وإلا فلكل حالة ظروفها وملابساتها . وإن لهذه القاعدة لشأناً ليس بالهين وفيها أكبر العون على إقرار الأمور على وجهها الصحيح متى أحسن تطبيقها .

١٢٩ — وطبقاً لأحكام المادة ٥٦ تسرى أحكام هذه القاعدة على الأوقاف السابقة كما تسرى على الأوقاف اللاحقة ، وتسرى على الحوادث السابقة والحوادث اللاحقة غير أنه بالتأمل واستعراض ما يمكن أن تتناوله هذه القاعدة يظهر أنها بطبيعتها لا يظهر لها أثر يذكر فى الحوادث السابقة .

١٣٠ — أقوال الفقهاء :

أسلفت فى شرح المادة ٦ وقبلها وبعدها[١] مايتعلق بالشرط غير الصحيح إذا كان منافياً لمقتضى العقد أو غير جائز شرعاً . وسأذكر هنا ما يناسب أحكام هذه المادة من أقوال الفقهاء :

ا — ما يشترطه الواقفون فى أوقافهم من الشروط المقيدة لحرية المستحق ، فى الزواج والإقامة والاستدانة ، شروط معتبرة عند فقهاء الحنفية ولم أر فى كلام متقدميهم أى اشارة إلى إهدار شىء منها أو ما يشعر بالخلاف فى ذلك وكثر ذكرها

(١) انظر ص (٦٠ — ٦٣) ، (١٠١ — ١٠٣) ، (١٩٧ — ٢٠٠) ، (٢٢٧ — ٢٣٤)

فى فتاوى متأخريهم واطرد القول باحترامها والمحاكم الشرعية فى مختلف العصور تنسج على هذا المنوال .

وقد عدّ الشافعية اشتراط عدم الزواج من الشروط التى لا تجوز شرعا . فنى التحفة أن شروط الواقف التى لم تخالف الشرع معتبرة أما ما خالف الشرع كشرط العزوبة فى سكان المدرسة مثلا فإنه لا يصح كما أفتى به البلقينى وعلله بأنه مخالف للكتاب والسنة والإجماع أى من الحض على التزوج وذم العزوبة ، وقال إنه يؤخذ من ذلك عدم الصحة فيما لو وقف على أولاده إلا من أسلم . ولكنهم قالوا إنه لو وقف على زوجته أو أم ولده ما لم تتزوج بطل حقها بتزوجها لأن له غرضاً ألا يخلفه أحد على حليلته[1] .

وقال الحنابلة لو وقف على أولاده وشرط أن من تتزوج من البنات لا حق لها أو وقف على زوجته ما دامت عازبة صح شرطه . ولكن ابن القيم تناول فى كتابه (أعلام الموقعين) شروط الواقفين وحمل حملة قوية على اشتراط العزوبة وترك الزواج وانتهى إلى أن ما وافق كتاب الله وشرطه فهو صحيح وما خالفه كان باطلا مردوداً[2] .

ب — وقال فقهاء الحنفية إن كل شرط يوجب تعطيلا لمصلحة الوقف أو تفويتاً لمصلحة الموقوف عليهم يكون غير معتبر وعدوا من ذلك ما لو شرط الصرف إلى الموقوف عليهم مع الاحتياج إلى الريع للعمارة الضرورية وما لو شرط ألا يقام على وقفه ناظر أصلا[3] ، وقال هلال فى وقفه إنه لو جعل داره مسجداً لله على أن له أن يبيعه فيستبدل به جاز الوقف و بطل الشرط لأن شرط الاستبدال إنما جاز فى وقف غير المسجد رغبة فى الحصول على غلة أجود والمسجد لا يراد للغلة و إنما تراد منه الصلاة[4] وما يدل عليه هذا من بطلان الشرط إذا لم تكن له فائدة ولم يكن للواقف منه غرض صحيح قد صرح به الطرسوسى فى أنفع الوسائل[5] وأورده

---

(١) جـ ٢ ص ٣٢٤ ، ٣٣٠ (٢) جـ ١ ص ٢٧٣ وما بعدها (٣) رد المختار جـ ٣ ص ٤٣٣ والدر المنتقى ص ٧٦٣ (٤) ص ٢٧٠ (٥) ١١٦

صاحب الدر المنتقى . وقال متأخروهم إن شرط الواقف يجب اتباعه إلا فى مسائل ومنهم من عدها سبعاً ومنهم من بلغ بها أربع عشرة ثم عاد فردها إلى إحدى عشر، وظاهر كلامهم أن العد على سبيل الحصر وأنه لاتجوز المخالفة فى غيرها.وذكر بعضهم أيضاً أن شرط الواقف لا يخالف إلا إذا كان راجعاً إلى الغلة ، أما إذا كان راجعاً إلى غيرها فإنه لا يخالف.غير أنى وجدتهم لا يعتمدون فى هذا الحصر على نقل عن المتقدمين وأنهم جمعوا مسائل منثورة قيل فيها بالمخالفة ومنهم من زاد عليها تفريعاً من عنده اعتماداً على ما ورد فى عللها . والحق أن علل ما ورد عن المتقدمين وما قرره فقهاء الحنفية بوجه عام من أن الوقف يجب أن يعمل فيه بما هو أصلح للوقف ومستحقيه دليل على أن الحصر لا وجه له، لا من ناحية النقل ولا من ناحية المعنى، وأن الفقه يقضى بأنه لا يعمل بشرط الواقف إذا كان فى العمل به تفويت لمصلحة الوقف أو المستحقين . ومن المسائل التى ذكروها شرط ألا يكون لقاض ولا لوالٍ كلام على وقفه أو ألا يعزل ناظر وقفه إذا خان فقد اجتمع فى هذين الشرطين تغيير المشروع وضياع مصلحة الوقف ومستحقيه . وشرطه ألا يؤجر إلا بكذا وهو أقل من أجر المثل . وشرطه استواء المستحقين مع العمارة الضرورية إذا ضاق الريع ، أو استواء أرباب الشعائر مع بقية المستحقين عند ضيق الريع ، وشرطه التصدق بفاضل الغلة على من يسأل بالمسجد الفلانى لأن تعيين المكان لا فائدة فيه ، وشرطه ألا يؤجر وقفه أكثر من سنة فلم يوجد من يستأجره هذه المدة أو كان فى تأجيره أكثر من هذه المدة زيادة نفع المستحقين ، وشرطه عدم الاستبدال به إذا كانت المصلحة فى الاستبدال ، والموقوف للسكنى إذا احتاج للعمارة وأبى الموقوف عليه عمارته أو لم يستطع استغل وعُمِرَ بالغلة ، ولو شرط لحماً وخبزاً للمستحقين فأرادوا أخذ القيمة دفعت إليهم ، ولو شرط ألا يؤجر لماطل فتقدم لاستئجاره من عرف بالمماطلة ولكنه عجل الأجرة أجر له ، لأن غرض الواقف من شرطه هو المحافظة على غلة وقفه وقد تحقق هذا بتعجيل الأجرة (١) .

---

(١) الاشباه بحاشية الحموى جا ص ٣٠٥ ، وبحاشية أبى السعود نسخة خطية ، والدر المنتقى فى الموضع السابق .

ونقل عليش فى فتاواه رسالة الحطاب فى الالتزامات ، وقد جاء فيها أن الشروط فى الوقف ثلاثة أقسام منها ما يفسد به الوقف ومنها ما لا يفسد به الوقف ولا يلزم الوفاء به كما إذا شرط العمارة على المستحق فإنه يبطل وتكون من الغلة أو شرط ألا يبدأ بإصلاح الوقف(١)

وذكر الشافعية أنه لو وقف بشرط ألا يؤجر إلا كذا كسنة أو شهراً أو شرط ألا يؤجر من متجوه أو شرط السكنى للموقوف عليه على أن تكون العمارة عليه فالأصح أنه يعمل بشرطه لأنه شرط لم يخالف الشرع ولما فيه من وجوه المصلحة . وقالوا إن شرط الواقف يخالف عند الضرورة كما لو شرط ألا يؤجر لإنسان أكثر من سنة فلم يوجد فى السنة الثانية مستأجر سوى السابق أو شرط ألا يقيم طالب أكثر من سنة فلم يوجد غيره فى السنة الثانية أهمل شرطه كما قاله ابن عبد السلام لأن الظاهر أنه لا يريد تعطيل وقفه ، ولو وقف أرضاً لتزرع حباً فآجرها الناظر لتزرع كرماً جاز إذا ظهرت المصلحة(٢)

وقال الحنابلة إنه يرجع إلى شرط الواقف ما لم تقض الضرورة بخلافه كما لو شرط ألا يؤجر أبداً أو مدة كذا وقضت الضرورة بمخالفته (٣) وفى كشاف القناع وقال الشيخ (أى ابن تيمية) قول الفقهاء نصوص الواقف كنصوص الشارع، يعنى فى الفهم والدلالة لا فى وجوب العمل ، وهذا مقابل لما هو الصحيح من وجوب العمل ، ثم قال نقلا عنه أيضاً إن الشروط إنما يلزم الوفاء بها إذا لم تفض إلى الإخلال بالمقصود الشرعى ولا تجوز المحافظة على بعضها مع فوات المقصود ، ومن شرط فى القربات أن يقدم فيها الصنف المفضول فقد شرط خلاف شرط الله ، وقال فى وقف مدرسة إن لم يكن فى الشرط مقصود شرعى خالص أو راجح كان الشرط باطلا ، كما لو شرط عليهم نوعاً من المطعم والملبس والمسكن الأمر الذى لم تستحبه الشريعة ، فلا يمنعهم الناظر من تناول كفايتهم من جهة أخرى هم مرتبون فيها ، وليس هذا إبطالا للشرط لكنه ترك للعمل به . ونقل عن الحارثى أنه قال

---

(١) جـ ١ ص ٣٠٧ (٢) التحفة جـ ٢ ص ٣٢٤ ، ٣٣٥ (٣) المنتهى جـ ٢ ص ٤٩٨

إن الشرط المباح الذى لا يظهر منه قصد القربة ظاهر كلام الأصحاب والمعروف عن المذهب وجوب العمل به وهو مذهب الأئمة الثلاثة وغيرهم [1]، وقد سبق أن نقلنا فى أكثر من موضع ما قاله ابن تيمية فى الاختيارات وما نقله عنه تلميذه صاحب الفروع. ومن كل أقواله يظهر جلياً أن الشروط المباحة فى نظره باطلة وكذلك الشروط التى يترتب على العمل بها فوات المقصود وأن معنى بطلانها ترك العمل بها.

وقال ابن القيم فى أعلام الموقعين إن ماليس بقربة لا يجب الوفاء به فى النذر ولا يصح اشتراطه فى الوقف، فإن قلتم إن الواقف لم يخرج ماله إلا على وجه معين فلزم اتباع ماعينه فى الوقف من ذلك الوجه، والناذر قصد القربة والقرب متساوية فى المساجد غير الثلاثة فتعيين بعضها يكون لغوا، قيل هذا الفرق بعينه يوجب عليكم إلغاء ما لاقربة فيه من شروط الواقفين واعتبار ما فيه قربة فإن الواقف إنما مقصوده بالوقف التقرب إلى الله فتقربه بوقفه كتقربه بنذره [2]. وقد أطال فى تحقيق ذلك منتصراً للقول ببطلان الشرط إذا كان مباحاً.

١٣١ — وأحكام الشروط الثلاثة المقيدة لحرية المستحق عدل فيها عن مذهب الحنفية إلا فى الصور المستثناة. وبطلان اشتراط العزوبة وعدم الزواج مذهب الشافعية وما حققه ابن تيمية وابن القيم من فقهاء الحنابلة. وبطلان الشرط المقيد للحرية فى الزواج فى بقية الصور، وبطلان شرطى الإقامة والاستدانة فى غير ما استثنى موافق لما قرره ابن تيمية وابن القيم.

والقاعدة الواردة بالفقرة الثانية من هذه المادة منتزعة من أقوال فقهاء الحنفية بوجه عام ولكنها تتناول جزئيات لا يتفق حكمها فيها مع ما قرره فقهاء الحنفية. وبطلان الشرط بمعنى مخالفته إذا اقتضت ذلك الضرورة محل وفاق. ومخالفته فيما عدا ذلك، وإن لم تكن متفقة مع ما قرره فيها فقهاء الحنفية، موافقة لما قرره الإمامان ابن تيمية وابن القيم.

---

(١) جـ ٢ ص ٤٥٣، ٤٥٤

وأحكام هذه المادة متفق على أصلها من البداية إلى النهاية وكانت محل غبطة ورضا عند الجميع ، ولكن سريان أحكام الفقرة الأولى منها على الأوقاف السابقة بدون قيد ولا شرط كان من العوامل القوية التى أثارت المشادة العنيفة فى مجلس الشيوخ فى العرضة الأولى بشأن الرجعية وكان هذا هو السبب الحقيقى فى إتهام وزير العدل، والله يعلم أنه رحمه الله لم يكن منه فى هذا الشأن قليل ولا كثير ولم يعرف شيئاً عن سريان هذه الفقرة إلا بعد أن وضع وتقرر ، حقاً إنه قد هش لها وبش حين المدارسة وهذا أمر ليس فيه غضاضة عليه ، وعلى كل حال فقد تداركت ذلك لجنة التنقيح بالاستثناء الوارد بالفقرة الثانية من المادة ٥٧ ، وحكمة التشريع وما طرأ على النصوص من التعديل قد ورد كله فى ثنايا الشرح فلا أطيل باعادته .

١٣٢ — تعليق الشرط وإضافته وتأقيته .

الشروط التى يشترطها الواقفون فى أوقافهم كما تكون منجزة تكون مضافة أو معلقة ، وقد تكون مؤقتة وقد تكون غير مؤقتة ، ولا يبطل شىء منها بالتعليق ولا بالإضافة ولا بالتأقيت ، تعلقت بالاستحقاق أو بغيره ، فالواقف كما يجعل الاستحقاق للموقوف عليه منجزاً دائماً من حين الوقف أو من حين التغيير يجعله له لا من ذلك الوقت بل بعد غيره ويجعل الاستحقاق فيه مرتب الطبقات ، وقد يكون تأخيره الاستحقاق بعبارة يخرجها مخرج الإضافة أو بعبارة يخرجها مخرج الشرط ، وقد يجعل له الاستحقاق ما دام حياً أو إلى الأبد إذا كان جهة لا تنقطع وقد يجعله له مدة معلومة أو إلى غاية معينة، وكذلك يكون الحال فى الحرمان من الاستحقاق وفى استحقاق النظر والحرمان منه وفى كل أمر يُعْنى الواقف بالنص عليه واشتراطه فى كتاب وقفه . وكل هذه الشروط صحيحة معتبرة لم يتردد فى صحتها فقيه ولا قاض ولم تكن محل أخذ ورد ولا اختلاف من هذه الناحية . فشروط الواقفين مما يقبل التعليق والإضافة والتأقيت .

والشروط إذا كانت منجزة وجب أن تكون جائزة وأن يكون الواقف مالكا لاشتراطها حين حصوله، ولكن هل يشترط ذلك إذا كانت مضافة أو معلقة؟

لم أر لهم فى ذلك قولا جامعاً ولا قاعدة عامة ، ولكنى وجدتهم يقولون ببطلان اشتراط الاستحقاق منجزاً لمن لايجوز الوقف عليه حين الوقف ويبطلون الوقف على من ليس أهلا للملك وعلى المعدوم كالوقف على من مات ، ولكنهم أجازوا الوقف على زيد ثم على أولاده ثم أولادهم ثم ذريتهم طبقة بعد طبقة وإن لم يكن لزيد ولد ولا ذرية حين الوقف فأجازوا اشتراط الغلة للمعدوم متى وجد وأجازوا الوقف على ولد زيد إذا يكن له ولد حين الوقف وصححوا الوقف عليهم على أساس أنه اشتراط منه لاستحقاقهم الغلة متى وجدوا ، ووجدتهم يقولون بعدم صحة اشتراط النظر للمجنون ومن لا يعقل أثناء جنونه وعدم عقله ، ولكن صححوا أن يشترط الواقف النظر للمجنون إذا أفاق وللصبى إذا أدرك وللسفيه إذا رشد ، ووجدت الحنفية يقررون أنه ليس من شرط صحة التصرف المعلق أو المضاف إذا كان مما يصح تعليقه وإضافته أن يكون المتصرف مالكا له حين إنشائه بل يصح منه وإن لم يكن مالكا له فى ذلك الحين متى أضافه إلى الملك ، فأجازوا الطلاق والأعتاق والنذر إذا كانت معلقة أو مضافة إلى الملك ، ومن هذه النظرة خرجت مطمئناً إلى أن قواعد الحنفية وأحكامهم واضحة فى أن الواقف إذا شرط فى وقفه شرطاً لم يكن اشتراطه جائزاً له حين الوقف ولكنه أضافه أو علقه بالوقت الذى يجوز له فيه اشتراطه كان شرطاً صحيحاً .

ومن المقرر أن شرط الواقف الصحيح لا يبطل بموته ، ناجزاً كان الشرط أو معلقاً ، ويعمل به بعد موته كما يعمل به فى حياته ، وأن الشىء الذى يشترطه الواقف قد يكون أمراً معيناً محدداً حين اشتراطه وقد يكون حين ذلك أمراً عاماً مغيباً كاشتراطه لنفسه أن يغير مصارف وقفه وشروطه واشتراطه لآخر فى وقفه أن يفصل مصارفه ويضع شروطه كما يشاء واشتراطه لنفسه أو لغيره أن يزيد على شروط وقفه ما يشاء من الشروط ويضع له ما يشاء من الحدود والأحكام وأن يشترط ذلك لمن يشاء . وقد سبق أن شرط الواقف يكون باطلا إذا لم يكن جائزاً شرعاً ، وأن من الشروط التى لاتجوز شرعاً الشرط الذى يكون محرماً أوفيه تغيير

للمشروع . ومن المقرر أن ولى الأمر إذا أمر بما ليس فيه معصية وجب اتباعه وحرمت مخالفته متى كان أمراً أريدت به مصلحة الرعية، ومن ذلك أمره فيما يتعلق بسريان القوانين وعدم سريانها .

وقد ذكرت كل هذه القواعد والأحكام لتكون الأساس الذى يعتمد عليه من يشتغل بتطبيق أحكام هذا القانون على نوع من الشروط اشترطها بعض الواقفين حينما قارب مشروع هذا القانون أن يتم ، فمنهم من قال فى وقفه إن جميع الأحكام التى سيقررها التشريع الجديد للوقف تكون مشروطة منه فى وقفه و يعمل بها على أنها شروط اشترطها هو فى وقفه . ومنهم من جاء فى شروط وقفه أنه شرط أن يكون وقفه خاضعاً للتشريع الجديد الخاص بالوقف المزمع إصداره بمعنى أن يدخل عليه التوقيت وقسمة الافراز بين المستحقين وغير ذلك مما يستقر عليه التشريع الجديد من الأحكام والشروط ، وقد كان بودى أن أفصل القول فى مثل هذه الشروط ولكنى وجدت الظروف والوقت لاتسمح بذلك .

استدراك

صفحة	سطر	
٧	١٥	مستقلة صغيرة ومتوسطة ، ويحبس
٢٩	٢٢	وكان فى سنة ١٩٤٤ يدرس الوقف
٦٤	٢٢	المادة ١٠٧٥ من المشروع صارت المادة ١٠٠٠ من القانون
٨٢	٢٣	ولا يكون مؤقتاً إلا إذا نص
٩٠	١٢	لو وقَّتَ وقفه لفظا
٩١	٥	كمنقطع وقيل يلغو توقيته
٢١٤	١٦	الفقرة الثانية من المادة ٢٢
٢٢٤	٥	وإن كان المبيع بما يتغابن فيه
٣٤٠	٢٢	وهؤلاء أقرب من ولد أب الجد
٣٦٩	٦	على معين بالاسم أو بالوصف
٣٧٣	٦	هذا المعنى أدى بصيغة الشرط

مجموعة

القوانين المصرية المختارة من الفقه الإسلامى

تأليف

محمد أحمد فرج السنهورى

الجزء الثالث

في

قانون الوقف

– ٢ –

القاهرة
مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية
٤٠ شارع نوبار باشا (سابقاً شارع الدواوين)
١٣٦٨ هـ ١٩٤٩ م



(٤) سلطان الواقف والاستحقاق الواجب

١٣٣ — (أ) سلطان الواقف .

ما كان للواقفين قبل صدور هذا القانون أن يقفوا وقفاً صحيحاً إلا إذا كان مؤبداً ينتهى إلى جهة برّ لا تنقطع ، ولكن كان لهم السلطان المطلق فى مقدار مايقفون من أموالهم ، وفى جعل غلته ومنافعه لمن يشاءون متى كان الوقف عليهم جائزاً طبقاً لما يراه الحنفية ، وفى مقدار ما يجعلونه لكل موقوف عليه ، لا مردّ لإرادتهم ولا حدّ لسلطانهم إلا أن يتعلق بأموالهم حق للغير كأن يكون الواقف حين يقف مريضاً مرض الموت مثلا ، كما كان لهم هذا السلطان فيما يشترطونه فى كتب أوقافهم من الشروط متى كانت فى الحدود التى يرضاها فقهاء الحنفيـة . أما هذا القـانون فقد وسع عليهم فى الوقف الخيرى إذا لم يكن مسجداً فإن شاءوا أبدّوا وإن شاءوا أقّتوا ، ولم يشترط لصحة الوقف أن ينتهى إلى جهة خيرية لا مؤقتـة ولا مؤبدة ، ولكنه حد من سلطانهم فى الوقف على غير الخيرات فأوجب تأقيته على الوضع الذى بينه ، وأبطله فيما يتجاوز الحدود التى رسمها ، كما أنه وضع لشروط الواقفين أحكاماً فيها كثير من الحد من سلطانهم . ولم يشأ أن يحد من سلطانهم فى المقدار الذين يريدون وقفه وترك لهم الحرية التامة فى ذلك ، فمن شاء أن يقف كل ماله فلا تثريب عليـه ، ومن شاء أن يقف شيئاً من ماله فله ما يريد ، قلّ ذلك المقدار أوضؤُل . واللجنة التحضيرية تقدمت إلى لجنـة الأحوال الشخصية مقترحة منع سماع الإشهاد بالوقف إذا كان الموقوف مقداراً ضئيلا ، ليكون الأمر متسقاً مع الأحكام التى تقررت فى انتهاء الوقف بسبب الضآلة ، ولكن لجنة الأحوال الشخصية أحالت ذلك فيما أحالت على لجنة فرعية فرأت هذه أن ليس ثم ما يدعو إلى ذلك واستبعدت هذا الحكم وأقرت لجنة الأحوال الشخصية ما رأته اللجنة الفرعية .

وللواقف متى كان صحيحاً الحق فى وقف ما يشاء من ماله وقفاً ناجزاً وليس لأحد من ورثته أن يعـترض على ذلك ولا يتوقف ما زاد على ثلث ماله على إجازتهم ،

وهو فى هذا يفارق الوصية بالمنافع لأن الوقف منجز والوصية مضافة إلى ما بعد الموت. أما إذا كان الوقف فى مرض الموت، أو كان مضافاً إلى ما بعد الموت أو كان موصًى به فإنه يأخذ حكم الوصية فى المقدار الذى يحتاج إلى الإجازة والذى لا يحتاج إليها.

ولم يبق هذا القانون على ما كان للواقفين من السلطان المطلق فيمن يريدون أن يقفوا عليهم، ولا فى مقدار ما يجعلونه لهم من الاستحقاق وحدّ من هذا السلطان فى بعض الأحوال حماية لصنف معين من الورثة وقرر لهم استحقاقاً واجباً فى الوقف يجب أن يكون لهم، إمّا بإرادة الواقفين وإمّا بسلطان القانون وإن كره الواقفون، ثم هو لم يحد من سلطانهم فيما وراء هذا الاستحقاق فلهم الحرية التامة فى أن يجعلوه لمن يريدون وبالمقادير التى يشاءون. وفيما يلى بيان هذه الأحوال المتعلقة بالموقوف عليهم وباستحقاقهم.

١٣٤ — الأحوال التى يكون الواقف فيها ذا سلطان مطلق

مادة ٢٣ — يجوز للمالك أن يقف ما لا يزيد على ثلث ماله على من يشاء من ورثته أو غيرهم أو على جهة بر. وتكون العبرة بقيمة ثلث مال الواقف عند موته، ويدخل فى تقدير ماله الأوقاف التى صدرت منه قبل العمل بهذا القانون وبعده إلا إذا كانت أوقافاً ليس له حق الرجوع فيها.

ومع مراعاة أحكام المادة ٢٤ يجوز له أن يقف كل ماله على من يكون موجوداً وقت موته من ذريته وزوجه أو أزواجه ووالديه.

وإذا لم يوجد له عند موته أحد من المبينين فى المادة ٢٤ جاز وقفه لكل ماله على من يشاء.

* * *

طبقاً لأحكام هذه المادة وما أوجبته من مراعاة أحكام المادة ٢٤ يكون

الواقف مطلق السلطان بالنسبة للموقوف عليهم ومقدار الاستحقاق الذى يقرره لكل منهم فى الأحوال الآتية : —

أولا — للواقف أن يجعل الاستحقاق فى وقفه مدة حياته لمن يشاء ، لنفسه أو لغيره ، لذريته أو لغيرهم ، لورثته أو لسواهم ، لأقاربه أو لغيرهم ، لجهة من جهات البر أو لغيرها ، وله أن يوزع الاستحقاق فى تلك المدة كيفما شاء وبالمقادير التى يراها ، فكل ذلك حق خالص له لا رقيب عليه فيه وإن كان له حين الوقف ورثة من ذوى الاستحقاق الواجب . وذلك لأن ذوى الاستحقاق الواجب لا يثبت لهم هذا الحق ولا يتعلق بوقفه إلا إذا كانوا موجودين عند موته وتوافرت لهم شروط الاستحقاق وانتفت موانعه ، أما قبل هذا فلا حق لهم أصلا ولا يملكون الاعتراض على تصرفه فى الاستحقاق مدة حياته فإن ذلك الحق لم يثبت لهم عند الموت إلا حماية لحقهم فى غلة ما كان يصل إليهم ميراثا لو أن مورثهم لم يقفه .

١٣٥ — ثانياً — للواقف أن يجعل استحقاق وقفه بعد موته لمن يشاء وإن كان قد وقف كل ماله إذا لم يكن له عند موته أحد من المبينين فى المادة ٢٤ وهم ذوو الاستحقاق الواجب . فإذا انعدم أهل هذا الصنف من الورثة عند موته نفذ تصرفه فى غلة وقفه وجَعْلُها لمن يشاء من ورثته أو غيرهم من الذرية أو الأقارب أو الأجانب أو جهات البر ويستوى فى ذلك ما إذا لم يكن له ورثة آخرون أو كانوا ، أصحاب فروض كانوا أو عصبات أو ذوى أرحام ، وما إذا كان له ذرية غير وارثة أو لم تكن ، وما إذا ترك أحداً من أصحاب الوصية الواجبة أو لم يترك ، فكل هؤلاء لم يحمهم القانون ولم يقرر لهم حقاً واجباً ولم يجعل وجودهم أو وجود أحد منهم سبباً فى الحد من سلطان الواقف وقصر حمايته على ذوى الاستحقاق الواجب المبينين بالمادة ٢٤ دون سواهم وإن كان من أصحاب الوصية الواجبة كما سيأتى تفصيله .

وانعدام الورثة ذوى الاستحقاق الواجب قد يكون لعدم وجودهم حين موته ، أو لعدم وجوب الاستحقاق لهم ، أو لحرمانهم منه بسبب من الأسباب المبينة فى

هذا القانون ، ففى كل هذه الأحوال لا يقال إن هناك وارثا ذا استحقاق واجب .
فمن وقف كل ماله على نفسه ثم على مصارف بينها ولم يكن له حين الوقف زوجة ولا ولد ولا والدة وكان مجهول النسب فادعى آخر أنه أبوه وأثبت ذلك وحكم ببنوته له وتزوج ورزق ولداً وقد أراده أبوه وزوجته وابنه على تغيير وقفه وجعل ريعه لهم فلم يذعن فقتلوه واشتركوا فى قتله جميعاً قتلا مانعاً من الإرث نفذ وقفه وكانت الغلة لمن جعلها لهم ولا حق لهؤلاء فيها . ومن وقف كل ماله على نفسه ثم على جهات خيرية أو على غير أقاربه وكان له عند موته أولاد وزوجة وكان قد وهب لكل منهم قبل وقفه هذا المال أموالا تساوى قيمتها ما كان يجب له فى هذا الوقف لولا هذه الهبة جاز ما صنعه فى وقفه ولم يكن لأحد منهم حق فى غلاته ومنافعه ، ولو كان لهذا الواقف حين موته أولاد بنت ماتت قبله وورثة من الأخوة أو الأخوات أو أبناء الإخوة أو الأعمام أو أبناء الأعمام مثلا جاز ما صنعه فى وقفه ولا يكون لأحد من هؤلاء حق فيه حتى أولاد البنت وإن كانوا أصحاب وصية واجبة .

١٣٦ — ثالثاً : إذا كان للواقف عند موته أحد من أصحاب الاستحقاق الواجب ، فليس له أن يتصرف فى استحقاق وقفه بما يمس الاستحقاق الواجب كلا أو بعضاً وله أن يصنع فيما عدا هذا الاستحقاق مايشاء ، فله أن يجعله أو بعضه لمن يوجد من ذوى الاستحقاق الواجب بنسبة استحقاقهم أو على التفاضل وله أن يختص به بعضهم دون البعض الآخر وله أن يجعله لغيرهم أىّ غير كان ، وما عدا الاستحقاق الواجب هو ما يأتى :

(١) استحقاق ريع الأعيان التى تساوى قيمتها ثلث مال الواقف عند موته فهذا لا حق لأحد فيه وهو له يصرفه كما يشاء ، وقد أعطى له القانون الحق فى أن يقف ما يساوى قيمة ثلث ماله على من يشاء حقاً مطلقاً غير مقيد بقيد ، فهو شامل لما إذا كان له ورثة من أصحاب الاستحقاق الواجب وذرية أصحاب وصية واجبة أو من أوصى له بوصية اختيارية مع أنه فى هذه الحال قد يضر ذوى الاستحقاق الواجب ويدخل عليهم النقص فيما كانوا يستحقونه ميراثاً فى ثلثى ماله وهو ما أراد

الشارع حمايته وأن يصل إليهم إما وقفاً أو ميراثاً ، فمن وقف من أرض له ثلاثين فداناً على وجوه خير وأجانب منه ثم توفى عن زوجة ، وابن ، وبنت ، وابن ابن مات قبله ، وترك ستين فداناً مماثلة للأرض التى وقفت ، فإن وقفه ينفذ على ماشرط مع أن ابن الابن يأخذ من الستين فداناً عشرين فداناً وصية واجبة لأنه يستحق فى تركة جده ما كان أبوه يستحقه ميراثاً لو كان حياً على ألا يتجاوز ثلث التركة ، ولو كان أبوه حياً لاستحق واحداً وعشرين فداناً فى التركة وهى أكثر من ثلثها فترد وصيته لثلث التركة وهو عشرون ويبقى للورثة ثلثا التركة وهما خمسة أتساع ماله ولا يمكن احتساب الوقف فى التركة ، لأن الموقوف ، وإن كان باقياً على ملك الواقف مدة حياته ، لايورث عنه لأن ملكه فيه ناقص ويزول بموته وبلزوم الوقف ولاينتقل لورثته بل للموقوف عليهم . وبذلك ضاع على الشارع ما أراده من حماية ثلثى المال للورثة وهو هدفه الأول . وكذلك يكون الحال لو أن الواقف لم يكن له ابن الابن هذا ولكنه أوصى بعشرين فداناً من الستين لغير ورثته فإنها تنفذ لأنها لم تتجاوز ثلث التركة ، وينفذ تصرفه فى ربع ماوقفه على وجوه الخير والأجانب لأنه لم يتجاوز ثلث ماله ، فتنفذ وصيته وتصرفه فى وقفه ، وإن كان مجموع الوصية والوقف خمسة أتساع مال الواقف فى نظر هذا القانون . والمشروع الأول لهذا القانون كانت به مادة[1] تسد هذا النقص ولكن لجنة العدل بمجلس الشيوخ حذفتها على أن توضع بمشروع قانون الوصية ولكنها لم توضع به لأنها مرتبطة تمام الارتباط

---

(١) هذه المادة كانت المادة (٣٤) من المشروع الأول ونصها :

« الوصية الواجبة والوصية الاختيارية والتصرفات التى فى حكمها والوقف على غير الورثة »
« ومحاباة الورثة وأصحاب الوصية الواجبة فى الوقف محلها جميعاً ثلث مال الواقف ولا تنفذ »
« فيما زاد عليه بدون إجازة الورثة »

« وإذا اجتمعت هذه التصرفات أو بعضها قدمت الوصية الواجبة وتقع المحاصة بين غيرها »
« من التصرفات فى الثلث أو ما بقى منه ».

وكانت أحكام هذه المادة تساير أحكام المشروع التى كانت به ولو أنها وضعت فى قانون الوصية لوجب تعديلها بما يتمشى مع أحكام هذا القانون.

بالاستحقاق الواجب لأصحاب الوصية الواجبة الذى استبعدته لجنة التنقيح من قانون الوقف انتظاراً لما يتم فى الوصية الواجبة . والآن وقد صدر هذا القانون أصبحنا أمام اعتبار التركة وثلثها فى الوصية واعتبار المال وثلثه وما ألحق به فى الوقف ومع ذلك لايوجد فى القانون حكم يتبع عند تزاحم الوقف والوصية فى الثلث ، فكانت النتيجة ماسمعت وهذا أمر ينبغى المبادرة إلى علاجه .

ب — مايبقى من الثلثين بعد إخراج مايستحقه أصحاب الاستحقاق الواجب . فلو كان لمن وقف كل ماله حين موته والدان ، وزوجة ، وأولاد ، ولم يكن له وارث سواهم استحقوا جميع غلة الثلثين ، وكذلك لو كان له زوجة ، وأولاد ذكور أو أولاد ذكور وأناث ، أو أولاد أناث ليس معهم عصبة من النسب ، أو زوجة ليس معها ذو فرض آخر نسبى ولا عصبة من النسب ولا وارث من ذوى الأرحام ، أما إذا ترك زوجة وبنتا وعصبة من النسب ليسوا من ذريته، كان مطلق الإرادة فى أربعة عشر سهماً من أربعة وعشرين سهماً ينقسم إليها الاستحقاق فى وقفه ، منها ثمانية هى ثلث ماله ومنها الستة الباقية بعد نصيب الزوجة والبنت فى الثلثين ، وهى ما كان يستحقها العاصب ، ألحقت بالثلثين وأخذت حكمه لأن من كان يستحقها ميراثاً ليس له استحقاق واجب ، والزوجة والبنت صاحبتا الاستحقاق الواجب لاحق لهما فيها ميراثاً فلا حق لهما فيها استحقاقاً .

جـ — ما كان يستحقه ذو الاستحقاق الواجب لو أن الواقف لم يكن أعطاه بغير عوض ما يساوى نصيبه عن طريق تصرف آخر ، فإنه ، وإن كان من ذوى الاستحقاق الواجب ، لم يجب له هذا الحق بسبب العوض فكان كبقية الورثة الذين لم يجعل لهم القانون استحقاقا واجبا ، ويكون ما لم يجب له ، سواء أكان كل نصيبه أو بعضه ، ملحقا بالثلث ويأخذ حكمه ، ولا يكون واجبا لمن بقى من أصحاب الأنصبة الواجبة لأنهم لا يستحقون ميراثا لوجود وارثه فلا يجب لهم استحقاقا لأن القانون لم يجعل لهم استحقاقا واجبا إلا بقدر مواريثهم فى ثلثى المال . فلو أن رجلا كان له ثلاثون ومائة فدان متساوية القيمة فوهب لابنته منها أربعة

وثلاثين فدانا هبة تمت ولزمت ثم وقف الستة والتسعين فدانا الباقية ، ومات ولامال له سوى الأرض الموقوفة ، وترك بنته هذه ، وزوجته ، وأخا شقيقا ، وكان لا وارث له سواهم ، كان مطلق الإرادة فى اثنين وعشرين سهماً من أربعة وعشرين سهماً ينقسم إليها استحقاق هذا الوقف ، وهى الباقية بعد استحقاق الزوجة الواجب لها بقدر استحقاقها ميراثا فى ثلثى ماله وهو الأرض الموقوفة ، فله أن يتصرف فى هذه الأسهم من الاستحقاق كما يريد ويضعها حيث يشاء ، لأن الأخ ليس من ذوى الاستحقاق الواجب والبنت منهم ولكن لم يجب لها شىء لأنه أعطاها بغير عوض أكثر من نصيبها فى الثلثين فالتحق نصيب كل منهما بالثلث وكان له أن يصرف الاستحقاق فى كل هذا كما يشاء . ولو أن أرضه كانت عشرين ومائة ووهب لابنته أربعة وعشرين ووقف الباقى كان مطلق الإرادة فى العشرين سهماً الباقية بعد نصيب الزوجة ومقدار ما يجب للبنت من نصيبها وهو ربعه أما ثلاثة أرباعه فلم تجب لها لأنه أعطاها ما يساويها بطريق الهبة .

أما إذا حرم صاحب الاستحقاق الواجب من كل نصيبه أو بعضه فإنه يعتبر كأنه مات قبل الواقف بالنسبة لما حرم منه فلا يعتبر من بين الورثة ذوى الاستحقاق الواجب ويقسم الاستحقاق على غيره منهم أو منهم ومن غيرهم على فرض عدم وجوده معهم بالنسبة لما حرم منه فلا يكون الواقف مطلق الإرادة فيما حرم منه ولا يلتحق منه بالثلث إلا ما يصيب الوارث الذى لم يجب له استحقاق ، وسيأتى بيان ذلك إن شاء الله فى محله . وواضح أن هذا هو أيضاً حكم المحروم من الإرث لمانع يمنعه منه .

١٣٧ — ومما تقرر فى الحالتين الثانية والثالثة ينتج حتما أن للواقف أن يقف كل ماله على من يكون موجودا وقت موته من ذريته وزوجه أو أزواجه ووالديه على شريطة ألا يخل فى وقفه هذا بأحكام الاستحقاق الواجب الواردة بالمادة ٢٤ بمعنى أنه لا يحرم أحدا منهم من كل ما يجب له أو من بعضه إلا فى الحدود التى بينها هذا القانون ، فما دام قد أعطى كل ذى حق حقه الواجب له كان مطلق الإرادة فيما عداه فله أن يعطيه لهم زيادة عما يجب لهم بأى نسبة

يراهـا وله أن يختص به بعضهم دون البعض الآخر على أى وجـه يراه ، وهذا الحكم حكم جوازى وهو نتيجة عدم الوجوب فيما زاد عن استحقاقهم فله أن يصنع ذلك وله أن يضعه حيث شاء ولو فى غيرهم و فى غير ورثته الآخرين .

لقد كانت هذه المادة فى المشروع الأول ثلاثة مواد ثم جمعتها لجنة التنقيح فى هذه المادة . والحق أن جميع ما ورد بها من الأحكام سوى بيان مال الواقف ومايتبع فى تقديره لم تكن بالشارع حاجة إلى ذكره مع وجود المادة ٢٤ ومابعدها التى تقرر أحكام الاستحقاق الواجب . فمن الطبيعى أن الواقف يكون مطلق الإرادة فيما وراء هذا الاستحقاق كما كان الحال قبل القانون فى جميع الاستحقاق ، ولـكن الرغبة فى بيان الأحكام وتفصيلها فى هذا الموطن كانت قوية وخاصة بالنسبة للحكم الوارد بالفقرة الثانية منها .

١٣٨ — مال الواقف :

والشارع لم يرد من مال الواقف الذى ورد فى هذه المادة وفى المادة ٢٤ المـال فى الاصطلاح الفقهى ، وهو ما يقابل المنافع والحقوق الأخرى ، وإنما أراد منه ما يشمل كل هذا وهو المال فى العرف القانونى كما أفصحت عن ذلك المذ كرة التفسيرية التى ذكرت أن المراد بمال الواقف كل ما يكون مملوكا له عنـد موته من عقار ومنقول ونقود وديون وكل ماله قيمة من حقوقه الأخرى كالمنافع وحقوق الانتفاع وغير ذلك مما تكون له قيمة مالية حين موته ، والمدار على الملـكية ، أىّ ملكية كانت ، خبيثة كانت أو طيبة ، فكسب البغى والنـائحة والمغنية ، ومار بح من القمار ومن سبق الخيل ، وما أخذ من طريق التأمين على الحياة أو ضد الحريق أو الغرق أو غيرهما من الأخطار ، والأموال الربوية ، كل أولئك وأشباهه يدخل فى تقدير ماله عند من يرى أنه مملوك لـكاسبه ملكا خبيثاً يجب عليه الخروج منه ورده إلى أربابه أو التصدق به وأنه مالم يفعل يكون باقياً على ملـكه ، أما من يرى أن من هذه الأموال ماليس مملوكا لآخذه فإنه لا يحتسبه من مال الواقف . وليس من شروط الملـكية أن تكون كاملة ولا أن يكون المال المملوك للواقف

مما يورث عنه ويدخل فى تركتـه بل يحتسب فى ماله ما يكون مملوكا له ملكا ناقصاً ولا يورث عنه ولايحتسب فى تركته إذا لم تنقطع قدرته على إعادته للملكية الكاملة وذلك هو المال الموقوف منه ، فقد عرفت أن هذا القانون قد جرى على أن الموقوف يبقى على ملك الواقف ما دام حياً ولكنها ملكية ناقصة ولا تنتقل بوفاته إلى ورثتـه بل تنتقل إلى الموقوف عليـه . ومراعاة لأصل الملكية وقدرة الواقف على إعادته للملكية التامة نص القانون على أن يدخل فى تقدير مال الواقف الأوقاف التى صدرت منه قبل العمل بهذا القانون والأوقاف التى تصدر منه بعد ذلك ، ولكنه لم يشأ أن يحتسب فى ماله كل وقف صدر منه قبل القانون أو بعده ، كان له فيه حق الرجوع أو لم يكن ، بل استثنى الوقف الذى ليس لواقفه حق الرجوع عنه لأنه وإن كان باقياً على ملكه ما دام حياً قد انقطعت قدرته عليه ولا يملك الرجوع عنه وإعادته إلى الملكية التامة فكان من هذه الناحية أشبه الأشياء بما خرج عن ملكه ببيع أو هبـة أو صدقة أو أى نوع من أنواع التبرع ولا فائدة له من هذه الملكية فكانت هى والعدم سواء فلهذا استثنى هذا الوقف ولم يدخله فى تقدير ماله سواء أصدر قبل القانون أم بعده ، وقد سبق بيان ما لا يصح الرجوع فيه بياناً وافياً مفصلا فنكتفى بالإشارة إليه . ولايدخل فى حساب ماله أيضاً ما هو موقوف عليه من غيره بعد وفاة واقفه ، وإن كان مملوكا له ملكية ناقصـة لأنه لا يستطيع أن يجعله ملكا تاماً .

وإذا كان المال فى ملكه وخرج عنه قبل موته لم يحتسب فى ماله وإن كان قد خرج خروجا غير لازم ، فمن وهب شيئاً من ماله لآخر وتمت الهبة بقبضها ولكنها كانت هبة غير لازمة وله حق الرجوع فيهـا لم يحتسب ذلك فى ماله ، وإن كانت قدرته على إعادته إلى ملكه لم تنقطع ، لأنه لا ملك له فيه أصلا قبل الرجوع فانعدم الأساس الأصلى وهو الملكية ، وكذلك يكون حكم المال الذى لم يدخل فى ملكه ولكنه كان بعرضية أن يدخل فيه ، وذلك كمن وقف أعيانا واشترط أن يُحتجَزَ من ريعها مقدار معين كل سنة ليشترى بما يجتمع منه أعيان

تلحق بوقفه ، فإذا اجتمع من الريع المحتجز مقدار واشتريت به أعيان وهو حى صارت وقفا بشرائها وكانت من الأوقاف التى تدخل فى تقدير ماله إذا كان له حق الرجوع عنها ، أما اذا اجتمع منها مقدار ولم يشتر به حتى مات الواقف فإنه لا يحتسب فى تقدير ماله لأنه كغلة للوقف ليس مملوكا له ولا حق له فيه وانما هو حق للمصرف الذى سماه وهو شراء ما يكون وقفا ، وهو أيضا ليس وقفا قبل أن يشترى به لأن شرطه لا يقتضى أن يكون ما يحتجز نفسه موقوفا بل جعل سبيله شراء ما يكون موقوفا ، وهو ليس مال بدل كما هو واضح ، فهو قبل الشراء ليس وقفاً وليس إلا غلة وقف ليست مملوكة للواقف ولا حق له فيها وإن كان ما يشترى به كان بعرضية أن يكون مملوكا له ملكا ناقصاً لو تم ذلك قبل الوفاة.

١٣٩ — ومما يجب التنبه له أن الكلام فى هذه المادة يدور على المالك وثلث ماله والوقف والموقوف عليهم من ناحية الاستحقاق الواجب والاستحقاق غير الواجب دون ما عدا ذلك من النواحى ، فالأحكام الواردة بها لا يمكن أن تمس بإطلاقها الأحكام الأخرى التى تتعارض مع هذا الإطلاق كأحكام وقف المريض التى لم يشملها هذا القانون وبقيت خاضعة للراجح من مذهب الحنفية ، فلا يفهمن أحد من الفقرة الثالثة أن للمالك أن يقف كل ماله على من يشاء وإن كان مريضاً مرض الموت وله ورثة ليسوا من ذوى الاستحقاق الواجب ولم يجيزوا ، وكذلك الحال فى الفقرة الثانية إذا كان مع ذوى الاستحقاق الواجب ورثة آخرون وكان الواقف حين وقفه مريضاً مرض الموت . وجملة القول أن الأحكام هنا لم يراع فيها إلا هذه الناحية وحدها دون سواها .

١٤٠ — وأحكام هذه المادة تطبق على جميع الأوقاف التى تصدر بعد العمل بهذا القانون وعلى الأوقاف التى صدرت قبل ذلك وكان واقفوها إذ ذاك أحياء ولهم حق الرجوع فيها ، ولا تطبق على الأوقاف السابقة التى ليس للواقفين حق الرجوع عنها ولا التى مات واقفوها قبل العمل بهذا القانون . وقد ورد هذا الاستثناء من التطبيق فى الفقرة الثالثة من المادة ٥٧ عاماً شاملا لأحكام هذه المادة جميعها

والواقع أن محل الاستثناء الحقيق هو الفقرة الثانية منها التى أوجبت مراعاة أحكام المادة ٢٤ التى تقرر الاستحقاق الواجب . أما الفقرتان الأولى والثانية فلم يكن استثناؤهما إلا خوفاً من الوقوع فى اللبس إذا نظر إلى مفهوم عبارتيهما حيث قصر الجواز فى الأولى على وقف ما لا يزيد على الثلث وفى الثالثة على حالة ما إذا لم يوجد أحد من ذوى الاستحقاق الواجب مع أن الجواز فى الأوقاف المستثناة عام شامل للثلث ولما يقل عنه وما يزيد عليه ، ولما إذا وجد أحد من ذوى الاستحقاق الواجب أو لم يوجد . وأحكام هذه المادة متعلقة بتوزيع الاستحقاق فى الوقف وهذا بالنسبة للأوقاف الصادرة قبل القانون قد يكون فى حوادث سابقة وقد يكون فى حوادث لاحقة ، فأحكامها مما يطبق على هذه الأوقاف فى الحوادث السابقة وهى التوزيعات الواردة فى عقدة الوقف والواردة فى التغييرات الصادرة قبل العمل بهذا القانون وعلى الحوادث اللاحقة وهى التوزيعات التى ترد فى التغييرات اللاحقة للقانون . وطبقاً للمادة ٦١ لا تطبق أحكام هذه المادة على الأوقاف المبينة بتلك المادة سواء أصدرت قبل العمل بهذا القانون أم صدرت بعده .

(ب) الاستحقاق الواجب

١٤١ — أورد هـذا القانون فى المواد (٢٤ — ٣٠) أحكام الاستحقاق الواجب ، فقرر وجوبه ، وبين محله ومقدار مايجب ، ومن يجب لهم ، ومايجب أن يتوافر فيهم ليتحقق هذا الوجوب ، وفصل الأحوال التى يجوز فيها الحرمان من هذا الاستحقاق أو يجب ، والأحوال التى لايجوز فيها ، وبين الآثار التى تترتب على الحرمان الذى يقره ، وما يتبع إذا كان هناك حرمان غير جائز .

١٤٢ — أولا : ذوو الاستحقاق الواجب ومقدار مايجب لهم

مادة ٢٤ — مع مراعاة أحكام المادة ٢٩ يجب أن يكون للوارثين من ذرية الواقف وزوجه أو أزواجه ووالديه الموجودين وقت وفاته استحقاق فى الوقف فيما زاد على ثلث ماله وفقاً لأحكام الميراث وأن ينتقل استحقاق كل منهم إلى ذريته من بعده وفقاً لأحكام هذا القانون .

ولا يجب هذا الاستحقاق لمن يكون الواقف قد أعطاه بغير عوض ما يساوى نصيبه عن طريق تصرف آخر ، فإن كان ما أعطاه أقل مما يجب له استحق فى الوقف بقدر ما يكمله .

وأصحاب الاستحقاق الواجب فى نظر هذا القانون كما ترى صنفان متعاقبان : الصنف الأول هم طائفة معينة من الورثة ، والصنف الثانى هم ذرية هؤلاء الورثة .

١٤٣ — الصنف الأول :

هم ورثة الواقف الموجودون عند وفاته من والديه وزوجه أو أزواجه وذريته . أما من عدا هؤلاء من ورثة الواقف الذين يكونون موجودين عند وفاته ووارثين له

ولم يمنعهم من إرثه مانع فإن الشارع لم يوجب لهم استحقاقاً ، سواء أ كانوا مستقلين بالإرث أم كانوا مشتركين فيه مع أهل هذا الصنف ، فلا يجب شيء من الاستحقاق فى الوقف للوارث ، صاحب فرض كان أم عاصباً أم ذا رحم ، إذا كان من الإخوة أو الأخوات أو من ذراريهم ، أو كان من الأجداد والجدات صحت نسبتهم إلى الميت أو فسدت بعدت درجتهم من الواقف أو قربت أو كان من أولاد هؤلاء وذريتهم ، وكذلك لايجب شيء من الاستحقاق فى الوقف لذرية الواقف إذا كانت غير وارثة ، فالواقف إذا مات وترك بنت ابنه وبنت بنته وابن أخيه الشقيق ولم يكن له ورثة ولا قرابة سوى هؤلاء ، وجب الاستحقاق لبنت ابنه ، ولايجب شيء منه لابن أخيه وإن كان وارثاً لأنه ليس من ذريته ولا لبنت بنته وإن كانت من ذريته ومن أصحاب الوصية الواجبة لأنها ليست وارثة.

والمشروع الأول كان يحمى أصحاب الوصية الواجبة و يسوى بينهم وبين الورثة الذين أراد حمايتهم فيما كان يراه طريقاً لحمايتهم [1]، وقد أقر مجلس الشيوخ فى العرضة الأولى هذه الحماية ووضع لها الأحكام الملائمة لما ذهب إليه [2] ، أما لجنة التنقيح فقد رأت أن قانون الوصية لم يكن قد صدر وأن الوصية الواجبة يدور حولها كلام

---

(١) كان ذلك فى المادة (٣٢) من ذلك المشروع ونصها :

« مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٣١ إذا ترتب على الوقف منع أحد من »
« أصحاب الوصية الواجبة عند موت الواقف مما يستحقه طبقا لأحكامها فى تركة الواقف لو لم »
« يقف بطل من الوقف بقدر حقه وصار ملكا له . »

« وإذا كان الواقف قدأخر أحدأصحاب الوصيةالواجبة فى الوقف عن وقت موته بطل الوقف عليه »

(٢) كان ذلك بالمادة (٢٨) من المشروع الذى أقره مجلس الشيوخ إذ ذاك ونصها :

« يجب أن يكون لفرع من توفى من أولاد الواقف فى حياته استحقاق فى الوقف من »
« الثلث الذى يجوز للمالك أن يتصرف فيه وفقا لأحكام المادة ٢٣ بقدر ما كان يستحقه أصله »
« فى ثلثى ماله لوكان حيا بشرط أن يكون الفرع غير وارث ولم يكن الواقف قد ملكه بغير »
« عوض مايساوى نصيبه عن طريق تصرف آخر . وإذا كان الثلث لايفى جعل بين المستحقين بالمحاصة »

« وهذا الاستحقاق واجب لمن يكون موجودا من فروع الواقف المذكورين عند موته من »
« أولاد أولاده وأولاد أولادهم وان نزلوا ذكورا كانوا أو أناثا على أن يحجب كل أصل فرعه »
« دون فرع غيره وأن ينتقل استحقاق كل منهم الى ذريته من بعده وفقا لأحكام هذا القانون »
« ويجوز للواقف أن يجعل فروعه المذكورين مستحقين فى الوقف بقدر أنصباء أصولهم ولو »
« تجاوز ذلك ثلث ماله بدون مساس بالاستحقاق الواجب طبقا للمادة ٢٤ ».

كثير إذ ذاك فرأت أن الحكمة تقضى بإرجاء هذا الحكم ارتقاباً لما يتم فى الوصية الواجبة ليوضع فيما بعد ملائماً لما يتقرر فيها فاستبعدت هذا الحكم من هذا القانون على هذا الرجاء ، وقد صدر قانونا الوقف والوصية وأقرت فى الأخير أحكام الوصية الواجبة و بقى هذا النقص ثغرة واسعة فى قانون الوقف تعين من أراد على الفرار من أحكام الوصية الواجبة ومع ذلك لم يتجه أحد نحو العمل على استكمال هذا النقص مع أننا نرى هذا النائب يقدم مشروع قانون يعدل به أحكام الرجوع فى الوقف على المسجد ونجد ذلك الشيخ يتقدم بمشروع آخر لتعديل سريان حكم نقض القسمة والله أعلم بما فى غيبه .

١٤٤ — والوالدان هما الأب والأم اللذان ولدا الإنسان مباشرة ، فلا يتناولان أحداً من الأجداد ولا الجدات وإن قربت الدرجة ، وهذا هو المعنى الأصلى للكلمة عند الإطلاق وعدم القرينة ، وهو المعنى الذى أراده الشارع كما أفصح عن ذلك فى المذكرة التفسيرية .

واسم الزوج والزوجة لايستعمل إلا حيث يكون الحل والملك قائمين وذلك يكون حين قيام الزوجية وأثناء عدة الطلاق الرجعى ، وهذا هو ماأراده الشارع كما ترشد إلى ذلك أحكام المادة ٢٥ ، فلايطلق على المطلقة ولاعلى المطلق أنه زوج بعد انقضاء العدة ولاأثناء عدة الطلاق البائن بينونة صغرى أو كبرى ، فمن وقف فى صحته ثم طلق زوجته فى صحته أيضا طلاقا بائنا ثم مات وهى فى عدته أو طلقها فى مرض موته طلاقا بائنا بدون رضاها وتوافرت شروط الفرار لا يثبت لهذه المطلقة فى هاتين الحالين شىء من الاستحقاق الواجب ، وإن كانت وارثة فى الحال الثانية ووارثة بسبب الزوجية ، لأنها لاتسمى زوجة فلا يتناولها نص هذه المادة . ومن الواضح أن الشارع هنا لم ينط الحكم إلا بالزوجية الصحيحة أما الزوجية الفاسدة فلا اعتداد بها ولا يثبت لصاحبها استحقاق واجب فى الوقف بسببها ولا ينتقص من أجلها ما يجب من الاستحقاق للورثة الآخرين .

وذرية الواقف هم كل من ذرّ منه ونسل ، أى جميع فروعه وأن نزلوا ذكورا

كانوا أو أناثا أو خناثى . فالذرية هنا تتناول أولاد الصلب وغيرهم من الفروع ويستوى فى ذلك أصحاب الفروض والعصبات وذوو الأرحام .

١٤٥ — ولا يجب شىء من الاستحقاق فى الوقف لأحد من أهل هذا الصنف إلا إذا كان موجودا وقت وفاة الواقف . ووقت وفاته هو الوقت الذى يثبت فيه استحقاق الإرث فعلا للوارث وهو وقت الموت الحقيق أو وقت الحكم باعتباره ميتا ، فإذا فقد الواقف لايعتبر ميتا ما لم يحكم بوفاته طبقا لأحكام المفقود ويعتبر ميتا من وقت هذا الحكم لا من وقت الفقد ولا من وقت توافر الشروط الواجب تحققها للحكم بموته ، وينظر إلى من يكون موجودا من ورثته المذكورين وقت صدور الحكم لاقبله ، فمن مات منهم قبل صدوره لا يكون له حق واجب فى استحقاق وقفه .

ولا بد أن يكون وجود هـذا الوارث ، عند موت الواقف حقيقة أو حكما متيقنا أو مظنونا ، وأن يكون وجودا معتبرا فى نظر هـذا القـانون . فإذا مات الواقف مع أحد من هؤلاء الورثة ولم يعلم أيهما مات أولاً لا يكون لهذا الوارث حق واجب فى وقفه ، كما لو ماتا فى حادث واحد كهدم أو حريق أو غرق أو نحو ذلك أو فى حادثين ولايعلم أيهما مات أولا . والحمل إذا كان من الواقف، بأن كانت الحامل زوجته أو معدته ، لايعتبر موجودا إلا إذا ولد حيا لخمسة وستين وثلثمائة يوم على الأكثر من تاريخ وفاة الواقف أو الحكم بها أو تاريخ الفرقة ، وإذا لم يكن الحمل منه لا يكون موجودا وقت وفاته إلا إذا ولد حيا لخمسة وستين وثلثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت أو الفرقة إن كانت أمه معتدة موت أو فرقة ومات الواقف أثناء العدة ، أو إلا إذا ولد حيا لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من تاريخ وفاة الواقف إن كان من زوجية قائمة وقت وفاته .

وإذا كان واحد من أهل هذا الصنف مفقودا وقت وفاة الواقف احتسب له نصيبه الذى يجب له طبقا لأحكام الإرث ويوقف التصرف فيه فإن ظهر حياً أخذه وإن حكم بموته اعتبر ميتا من وقت فقده فلا يكون موجوداً وقت وفاة

الواقف ولا يحتسب من بين ورثته وإن ظهر حيا بعد الحكم عـدنا إلى احتسابه بينهم [1].

والمحروم من الاستحقاق الواجب بمقتضى أحكام هذا القانون لا يعتبر موجوداً فى نظره وإن لم يكن محروماً من الإرث فقد نص فى المادة ٢٥ على اعتباره فى حكم من مات فى حياة الواقف فلا يحتسب من بين ورثته بالنسبة للاستحقاق فى الوقف وإن كان من الوارثين لتركته فعلا . وبهذا يتبين أنه لا وجه للقول بأن اشتراط الوجود وقت وفاة الواقف لم تكن هناك حاجة إليه بعد قول هذه المادة « يجب أن يكون للوارثين من ذرية الواقف .... » فإن وصف الإرث يغنى عن التصريح بذلك ، إذ من شرط اسـتحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتا . على أن هناك اعتبـاراً آخر دعا إلى التصريح به ، وهو أنه ذكر لمنع اللبس وخشية أن يفهم من الوارث من كان أهلا للإرث وإن لم يثبت إرثه فعلا كما استعمل فى هذا المعنى فى قوله تعالى « وعلى الوارث مثل ذلك » وفى كثير من عبارات الفقهاء .

١٤٦ — ولا يجب شىء من الاستحقاق لمن يكون موجوداً من أهل هذا الصنف وقت وفاة الواقف إلا إذا كان مستحقاً للارث ، فلا حق له إذا كان موجوداً ولكنه محجوب بغيره حجب حرمان ، كابن الابن مع الابن ، وكبنت الابن مع الابن أو مع البنتـين فأ كثر إذا لم يعصبها أحد ، ولا حق له أيضاً إذا قام به مانع من موانع الإرث طبقاً لأحكام المواريث ، وهى الرق والقتل والردة [2] .

---

(١) انظر المادة « ١ » من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمواد « ١ و ٢ و ٣ و ٤٢ — ٤٥ » من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣

(٢) أما ردة الواقف فلا محل لها هنا ، فإن قانون الوقف لم يعرض لحكم الوقف من المرتد ولا لحكمه إذا ارتد الواقف فبقى خاضعاً لأرجح الأقوال من مذهب الحنفية ، ومذهب الحنفية وأن الوقف يبطل بردة الواقف ولا اعتداد بما قاله بعض المتأخرين كعبد الحليم فى حاشيته على الدرر والراجح من مذهبهم بطلان وقف المرتد إذا مات على ردته ، فقد سبق أن روينا خلاف الإمام محمد فى ذلك (ص ١٠٨) ومن القواعد أنه إذا اختلف الإمام مع أحد صاحبيه ولم يصرح بالترجيح كان رأى الإمام هو الراجح ورأيه فى ذلك هو البطلان . أما إذا كان مهتدياً أو ارتد ثم عاد إلى الإسلام فلا شأن لهذا الحكم به .

واختلاف الدين واختلاف الدارين بين غير المسلمين فى الأحوال التى يمنع فيها طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة السادسة من قانون المواريث .

ومما يجب أن يراعى أن المحجوب من الإرث يحجب غيره وأن المحروم من الإرث لا يحجب غيره ، فإذا مات الواقف وترك زوجة وبنات وابناً وكان له أيضاً أولاد أبناء ذكور وأناث من ابنه هذا ومن آخرين ماتوا قبله وكان هذا الابن محروماً من الإرث لمانع من موانعه كانت ورثة الواقف زوجته وبناته وأولاد أبنائه . ويجب أن يراعى أيضاً أن المحروم من الاستحقاق الواجب طبقاً لأحكام هذا القانون يعتبر كمن مات فى حياة الواقف بالنسبة للاستحقاق وإن كان ممن يرثون تركته والنتيجة الضرورية لهذا النص أنه لا يعتبر موجوداً بين الورثة بالنسبة للاستحقاق فلا يحجب عنه من هو محجوب به بالنسبة لإرث التركة وهذا هو ما يريده الشارع وصرح به فى المذكرة التفسيرية .

فلو مات الواقف وترك من ذكرنا فى الصورة السابقة وكان له وقف يجب فيه الاستحقاق وتركة ، وفرض أن هذا الابن لم يقم به مانع من موانع الإرث ولكنه كان محروما من الاستحقاق الواجب طبقا للفقرة الأولى من المادة ٢٧ ، كان ورثة الواقف بالنسبة لتركته هم زوجته وبناته وابنه هذا ولاحق لأولاد أبنائه فيها ، وكان ورثته بالنسبة للاستحقاق الواجب فى الوقف هم زوجته وبناته وأولاد أبنائه وإن لم يكن الأخيرون من الوارثين فى تركته . ولو مات الواقف عن وقف يجب فيه الاستحقاق وعن تركة ، وترك ابنا له وبنت بنت وليس له ورثة ولا قرابة له سواهم ، وكان الابن محروماً من الاستحقاق الواجب فى الوقف لمثل ما ذكرنا آنفا ولم يقم به مانع من موانع الإرث كان هو الوارث الوحيد للتركة مع مراعاة أحكام الوصية الواجبة بالنسبة لبنت البنت ، وكانت بنت بنته هذه هى الوارثة الوحيدة بالنسبة للاستحقاق الواجب ولا تكون محجوبة بابن الواقف الوارث الوحيد لتركته لأنه قد اعتبر فى حكم الميت قبل الواقف بالنسبة للاستحقاق ، فينظر فى أمر الاستحقاق إلى من يرث الواقف على فرض أن ابنه هذا غير موجود ، وذلك هو

بنت بنته هـذه وهى ترث بشبه العصوبة فيجب لها جميع الاستحقاق فى وقف ما زاد على ثلث مال الواقف .

والمرجع فى معرفة الوارث وغير الوارث ومقادير الإرث بالنسبة للمصريين هو قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ وما يكمله من أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث ، على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته فى حكم قانون المواريث والشريعة الإسلامية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى . هذا هو ما تقضى به أحكام المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ . أما بالنسبة لغير المصريين فإن المرجع فى ذلك هو قانون بلد المتوفى طبقا لقواعد القانون الدولى الخاص ، وللمادة السادسة من معاهدة الصداقة والإقامة المعقودة بين مصر وإيران ، والمادة التاسعة من المعاهدة المعقودة بين مصر وتركيا ، والمادة العاشرة من اتفاق منترو الخاص بإلغاء الامتيازات فى مصر ، والمادة التاسعة والعشرين من لائحة التنظيم القضائى ، والمادة الثالثة من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ الصادر بشأن اختصاص محاكم الأحوال الشخصية المصرية .

١٤٧ — وإذا كان الوارث من أهل هذا الصنف موجوداً وقت وفاة الواقف وكان مستحقاً للميراث منه لم يمنعه منه مانع لايجب له شىء من الاستحقاق إذا كان الواقف قد أعطاه بغير عوض ما يساوى نصيبه عن طريق تصرف آخر غير هذا الوقف .

والشرط أن يكون حصوله على هذا المقدار قد كان بإعطاء ، فإذا كان هذا الوارث قد حصل على هذا المقدار أو أكثر منه من مال الواقف ولكن بطريق غير هذه الطريق فإن ذلك لا يمنعه من استحقاق ما يجب له ، كما لو اغتصب أو اختلس أو سرق من مال الواقف ما يساوى نصيبه وفضل الواقف السكوت والاحتفاظ بروابط القربى وبالكرامة على مقاضاة هذا الوارث ، فهذا لا يعد إعطاء ولا تصرفاً من الواقف ولا يمكن أن يسمى سكوته عن ذلك إعطاء وتصرفاً ، وليس للموقوف عليهم أن يستندوا إلى ذلك فى عدم استحقاقه .

ولابد أن يكون الإعطاء من الواقف نفسه فلا يمنع من ثبوت الاستحقاق الواجب إعطاء غير الواقف وإن كان نفاذ هذا الإعطاء متوقفاً على إجازته هو ، فلو أن والد الواقف أو زوجته أو ابنه أو أى مورث آخر له وهب كل ماله لوارث الواقف فى مرض موته أو أوصى به جميعه له وتوفى قبل الواقف فأجاز الهبة أو الوصية لم يكن ما حصل من الواقف إعطاء لأن المعطى والمُملِّك غيره ، وكل ما كان للواقف هو حق الاعتراض على هذا التصرف ورد ما يتوقف على إجازته ، وهو بإجازته لم يصنع أكثر من إسقاط هذا الحق وصار الموهوب أو الموصى به ملكا لمن أعطى له من قبل الواهب أو الموصى لا من قبل المجيز ، فليست الإجازة تمليكا مبتدأ من المجيز كما هو مذهب الحنفية .

ولابد أن يكون الإعطاء لذى الاستحقاق الواجب نفسه ، فلا أثر لإعطاء ابنه أو وارثه وإن كان هذا الإعطاء مرضاة له أو بناء على طلبه وإلحاح منه .

١٤٨ — ويجب أن يكون هذا الإعطاء بغير عوض ، أما إذا كان فى مقابلة عوض ، فإنه لا يؤثر فيما يجب له من الاستحقاق فى الوقف ، وقد أطلق العوض فلم تشترط فيه المماثلة ، فمتى وجد العوض فى التصرف لم يعتد به وإن كانت فيه محاباة ظاهرة . فمن باع أرضاً له لأحد من أصحاب الاستحقاق الواجب وباع له ما يساوى مائة بخمسين مثلا لا يعتبر أنه قد أعطاه نصف الأرض بغير عوض لأن الثمن قد جعل فى مقابلة المبيع جميعه ، هذا إذا كان التصرف فى الصحة . أما إذا كان التصرف فى المرض فإن قيمة المحاباة تعتبر عطية بغير عوض وتأخذ حكم الوصية ، والتفرقة بين الحالين هو ما تقضى به القواعد الفقهية ، فالفقهاء لم يعتبروا المحاباة فى الصحة هبة ولم يطبقوا عليها أحكامها وشرائطها ، ولكنهم اعتبروا المحاباة فى المرض كالوصية وأعطوها حكمها ، لكن إذا كان مظهر التصرف يعطى أنه تصرف بعوض وكان فى الواقع تصرفاً بغير عوض ولم يعط هذا المظهر إلا لستر الحقيقة والتحايل على أحكام القانون ، فالواجب أن يعطى لهذا التصرف وصفه الحقيقى وأن يعتبر تصرفاً بغير عوض ، فلو أن الواقف قد باع لذى الاستحقاق الواجب

بثمن ضئيل جداً لا يسمى ثمنــاً لمثل هذه الصفقة عرفاً ، أو أجر له أرضه عدة سنين بأجرة إسمية اعتبر تصرفه تصرفاً بغير عوض ، وكذلك لو سمى فى عقــد البيع أو الإيجارة ثمن المثل أو أجرته ولكن ثبت أن ذلك لم يكن وأن الواقف لم يقبض ثمناً ولا أجراً كان هذا منه إعطاء بغير عوض ، وسيان أن يعتبر متبرعاً بالأرض أو بمنافعها ، أو يعتبر متبرعاً بثمنها أو أجرتها ، فلا أثر لذلك فى الحكم الذى نحن بصدده .

وقد أطلق العوض ولم يوصف بأنه مالى كما جاء فى الفقرة الثانية من المادة ١١ ولكن المقام يحتم تقييد هذا الإطلاق فإن الموضوع هو الحقوق المالية وصيانة حقوق الوارثين فى التركة فهو يعين أن المراد هو العوض المالى فلا عبرة بالعوض إذا لم يكن مالا ولا حقاً مالياً ، فلو أن الواقف كان قد أعطاه شيئاً من ماله مكافأة له على بره له وحبه و إخلاصه له أو لقاء أنه رفع اسم أسرته وجعل لها شأناً مذكوراً بأعماله الطيبة وثقافته وشمائله الأخلاقية كانت عطيته هذه عطية بدون عوض ، أما إذا كان إعطاؤه له نظير عمله فى مال الواقف وتنمية ثروته وتدبيرها تدبيراً حسناً كانت عطيته فى مقابلة عمل مادى فتعتبر عطية بعوض ولا تحتسب عليه.

١٤٩ — والتصرف الآخر الذى يكون بغير عوض هو التصرف بطريق التبرع وذلك قد يكون بالوقف و بالهبة و بالوصية و بالتصرفات التى فى حكمها . وليس من شرط التبرع أن يكون ناجزاً ولا لازماً حين صدوره و إنما الشرط أن يكون الإعطاء قد تم وقت موته وهو الوقت الذى كان يثبت له فيه الاستحقاق الواجب . فإذا وقف ثلث ماله أو شيئاً منه وجعل له فيه استحقاقاً حين موته ثم وقف بعــد ذلك ما يزيد على ثلث ماله ولم يجعل له فيه استحقاقاً أو جعل له فيه أقل مما يجب له فيه حوسب على ما سبق إن جعله له فى وقف الثلث وسقط مما يجب له بقدر ما سبق إن جعله له ، وكذلك يكون الحال لو أنه وقف شيئاً يزيد على ثلث ماله وجعل له فيه أكثر مما يجب له حوسب على الزيادة واعتبرت عطية بغير عوض ، وإذا وهب له فى صحته أو فى مرضــه أو تصرف له فى مرضه تصرفاً فيه

محاباة أو أوصى له بما لا يتوقف على الأجازة أو بما يتوقف عليها وأجاز بقية الورثة الوصية ما يحتاج إلى الأجازة من هذه التصرفات، اعتبر ذلك إعطاء بغير عوض واحتسب عليه.

فيحتسب على بنت الواقف ما أعطاه لها فى جهازها عند زواجها وما كان يشتريه لها من قَبْلُ من المصوغات والهدايا الباقية التى تتجاوز حدود ما يجب لها عليه ويحتسب على الابن ما أداه عنه أبوه مهراً لزوجته، ولا يحتسب على أولاده ما قام به من نفقات المعيشة وأجور التعليم وما يتطلبه، لأن ذلك كان قياما بواجب عليه لا تبرعا، والكلام فى التبرعات لا فى أداء الحقوق والقيام بالواجبات. والتصرف بطريق التبرع لا يتناول إلا ما كان تمليكا ولا يتناول الإباحة، فإذا كان للواقف أولاد فى عياله ولم تكن نفقتهم واجبة عليه لا يحاسبون على ما يصيبهم من نفقات هذه المعيشة لأنهم كانوا يتناولون من مائدته بطريق الإباحة. لكن إذا كان أحدهم قد استقل ببيت ولم يكن له حق واجب فى مال أبيه لا أصلا ولا تكميلا، ولكنه كان يرسل إليه نفقته ونفقة من يعولهم، كان ذلك تبرعاً من الأب بغير عوض فيحتسب على هذا الولد، وكذلك يحتسب على بناته المتزوجات ما يرسله إليهم من الهدايا فكل ذلك من التبرعات، وليس من شرط الإعطاء أن يكون بتصرف واحد ولا جملة بل كما يكون كذلك يكون متفرقاً.

١٥٠ — وليس من شرط الإعطاء بغير عوض أن يكون قد قصد به التعويض عن حقه فى الوقف بل تحتسب هذه العطية مطلقاً، روعى فيها ذلك أو روعى فيها معنى آخر كإكمال نصاب له ليتمكن أن يكون شيخاً فى قريته أوعمدة لها أو أن يكون عضواً بمجلس الشيوخ مثلا أو ليتمكن من أن يبقى رأس أسرته وزعيمها، أو لم يراع فيها أى معنى آخر سوى الرغبة فى التبرع له ومحاباته، ويستوى ما إذا كان هذا الإعطاء قبل صدور هذا القانون أو بعده وما إذا كان قبل صدور الوقف أو بعده.

١٥١ — ووجوب الاستحقاق للوارث من أهل هذا الصنف بقدر نصيبه فى الإرث لا يندفع إلا إذا كان ما أعطاه له الواقف بغير عوض مساوياً لنصيبه أو أكثر

منه . أما إذا كان هذا المعطى أقل من الاستحقاق الذى يجب له وفقاً لأحكام الميراث وجب أن يكون له استحقاق فى وقف مايزيد على ثلث ماله بقدر مايكمل الواجب له ونصيب الوارث الذى راعته هذه المادة هو الاستحقاق الواجب وهو غلة ومنفعة لاعين ، فلا ينظر إلا إلى قيمة ما كان يجب أن يستحقه فى غلات هذا الوقف ومنافعه لولا هذا الإعطاء . وما يجب له قد يكون استحقاقاً ينتقل حتما إلى ذريته ولاخيرة للواقف فى ذلك وقد يكون استحقاقاً واجباً له والواقف مخير فى أمر انتقاله إلى ذرية هذا المستحق فإن شاء تركه لحكم القانون وإن شاء حوله إلى غيرهم فى الحدود التى رسمها هذا القانون . ولا ريب أن لهذا الأمر دخلا قوياً فى تقدير قيمة الاستحقاق وأنها تتأثر به تأثراً بيناً . فالاستحقاق الذى يجب انتقاله إلى ذرية الوارث لاتكاد تختلف قيمته عن قيمة العين التى تغله متى راعينا أن الملكية الناقصة لهذه العين تكون للموقوف عليهم بعد موت الواقف ، وأنه إذا انتهى الوقف لسبب من أسباب انتهائه كانت الملكية الكاملة لهم أو لذريتهم ، وأن ماوراء ذلك من القيود أمره هين جداً ، أما إذا كان الاستحقاق له مدة حياته فحسب فإن الحال يكون جد مختلف ويكون الفرق بين قيمة العين وقيمة الاستحقاق بعيداً .

وما يعطى للوارث بغير عوض قد يكون نقداً أوعيناً ، وقد يكون منفعة استوفاها حين موت الواقف ، وقد يكون منفعة لم يتم استيفاؤها أو يبتدىء استيفاؤها حين موت الواقف ، وهذه المنفعة قد تكون مماثلة لما يجب له كأن جعل له استحقاقاً فى وقف آخر بقدر نصيبه ، وقد لاتكون مماثلة لها .

والموازنة بين مايجب له وبين ما أعطى مجاناً تحتاج حتما إلى الوقوف على قيمة كل منهما . وقد يكون ذلك فى بعض الأحوال سهلا وميسوراً كأن كان ما أعطاه استحقاقاً فى وقف ، أو كانت قيمة المنافع التى استوفاها أو الأعيان التى تملكها تساوى أو تزيد على قيمة العين التى تغل الاستحقاق الذى كان يجب له ، ولكنه فى كثير من الأحوال تعترضه صعوبات قوية جداً تكاد تجعل الموازنة غير ميسورة ولقد أثير هذا الموضوع لأول مرة بلجنة التنقيح ولكنها رأت أن تترك ذلك للقواعد

الاقتصادية ، وقد كنت ولا أزال أرى أن هذه القواعد وحدها لا تكفى لدرء هذه الصعوبات وأن من الواجب أن يكون بجانبها أحكام خاصة تيسر تطبيقها كما صنع فى قانون الوصية ، كأن ينص مثلا على أن تكون قيمة الاستحقاق هى قيمة العين التى تغله إذا كان استحقاقاً ينتقل إلى ذرية الوارث ، وعلى أنه إذا كان الاستحقاق واجباً للوارث ولا ينتقل إلى ذريته يقدر الأطباء حياته ويقوم استحقاقه طبقاً لهذا التقدير مع مراعاة متوسط غلة العين فى السنوات الخمس الأخيرة العادية، وعلى مراعاة ذلك فى تقويم ما أعطى له مجاناً إذا كان منفعة ليست مثل ما يجب له وجعلت له مدة حياته.

وإذا كانت الموازنة بين استحقاقه وبين ما أعطى له من أعيان وجب النظر إلى قيمة المعطى حين الإعطاء لا حين ثبوت الاستحقاق فلا يلتفت إلى ما طرأ عليها من الزيادة أو النقص بعد أن تملكها ، والزيادة الطارئة ليست إلا نماء ملكه بعد أن انقطعت صلة الواقف به فلا دخل له فيه كما أنه لا دخل له فيما يطرأ من النقص وينظر إلى قيمة المنافع حين استيفائها فيراعى اختلاف قيمتها فى مدة الاستيفاء ، وإذا كانت المنفعة التى أعطاها له استحقاقاً فى وقف آخر وجب أن تثبت لهذا الاستحقاق جميع أحكام الاستحقاق الواجب لأنه بدله وقد حل محله فلا ينظر إليه على أنه استحقاق اختيارى ولا يتبع فيه شرطه إذا كان فى العمل به إخلال بأحكام الاستحقاق الواجب .

١٥٢ — وربما قال قائل إن ما سلكه الشارع هنا من احتساب ما أعطى لأهل هذا الصنف بغير عوض يتنافى مع الاعتبارات التى أملت عليه إجازة الوصية للوارث فى حدود الثلث والترخيص له فى أن يحابى وارثه فى الوقف بثلث ماله ، ولكنى أقول إنه لا منافاة أصلا ، فالاحتساب هنا لدفع الوجوب ومنع مطالبة الوارث بالاستحقاق إذا لم يكن الواقف قد أعطاه ، أما الواقف فإنه موسع عليه فإن أعطاه فلا حرج وإن لم يعطه فلا تثريب عليه ، فإذا أعطاه أولا ثم حرمه مما كان يجب له ثانياً تبين من صنيعه أنه لا يريد أن يحابيه ، ورعاية للتوسعة على الواقف لم يجعل نصيبه فى وقف ما زاد على الثلثين من حق الورثة الباقين

من أهل هذا الصنف ، بل جعل ملحقاً بالثلث كنصيب الوارث الذى لا يجب له استحقاق ، فعدم الايجاب فيهما جميعا كان للتوسعة على الواقف فى تصرفه بخلاف نصيب المحروم فإن حرمانه لم يكن لهذا المعنى بل كان لمعنى آخر ولهذا فارقهما فى الحكم واعتبر المحروم فى حكم من مات قبل الواقف .

١٥٣ — مقدار ما يجب لأهل الصنف الأول

من توافرت له من أهل هذا الصنف شرائط وجوب الاستحقاق السابقة وجب أن يكون له استحقاق فى وقف ما زاد على ثلث مال الواقف بقدر ما كان يستحقه ميراثا فى تركة الواقف ، أى أنه ينظر إلى الاستحقاق فى وقف هذا الزائد كما ينظر إلى التركة وينظر إلى ورثة الواقف حين موته جميعاً ، سواء أكانوا من الورثة الذين يجب لهم الاستحقاق أو منهم ومن غيرهم ، ولكن لا يحتسب بينهم من كان محروما من كل نصيبه ، فإذا عرف سهم كل منهم كان له استحقاق واجب فى وقف ما زاد على ثلث مال الواقف بقدر هذا السهم . وقد يكون ذو النصيب الواجب واحداً مستحقاً لجميع ما زاد على الثلث وقد يكون له فيه شركاء من صنفه . ويراعى سهمه فى الإرث سواء أكان بطريق التعصيب فقط أم بطريق الفرض فقط ، أم بطريق الفرض والرد معاً . ووجوب الاستحقاق لكل وارث منهم بهذا المقدار مقيد بمراعاة أحكام المادة ٢٩ التى رخصت للواقف فى أن يجعل لفرع من توفى من أولاده فى حياته استحقاقاً فى الوقف بقدر ما كان يجب لأصله بمقتضى أحكام المادة ٢٤ لو كان موجوداً عند موت الواقف أو بمقدار ما يكمله ولو تجاوز ذلك ثلث ماله كما سيأتى هناك مفصلا .

(١) فلو أن رجلا وقف قبل صدور هذا القانون عشرين فدانا على بعض الأشخاص وكان وقفه لها عليهم بعوض مالى أو كان لضمان حقوق ثابتة قبله ، ووقف قبل صدور هذا القانون أو بعده عشرة أفدنة على مسجد قريته ، ووقف قبل صدوره ثلاثين فدانا ولم يكن وقفها بعوض ولا لضمان حق ثابت ثم وقف بعد صدوره أربعين أخرى وكان له ابن فقتله قتلا مانعا من الإرث ومات عن هذه

الأوقاف وعن عشرين فدانا مملوكة له وليس له ملك سواها وترك ابنه الذى قتله وزوجة وثلاث بنات وأخاشقيقاً ولم يكن له ورثة ولا قرابة غيرهؤلاء ، فإن إرثه بالنسبة للتركة وكذلك بالنسبة لمعرفة الاستحقاق الواجب يكون لكل من زوجته وبناته وأخيه الشقيق، أما ابنه فمحروم من الإرث ولا يجب له شىء من الاستحقاق بسبب القتل فلا يحجب الأخ الشقيق . ويكون للزوجة الثمن ، ثلاثة من أربعة وعشرين ، والثلثان ، ستة عشر من أربعة وعشرين لبناته الثلاث مثالثة بينهن ، والخمسة الباقية للأخ الشقيق تعصيبا ، والأخ الشقيق ليس من ذوى الاستحقاق فيذهب هو وسهامه بعيداً عن الوقف . ولا يحتسب فى مال الواقف العشرة الموقوفة على المسجدولا العشرون التى كان وقفها بعوض قبل صدور القانون لأنه لا يملك الرجوع فى وقفها ويكون ماله عبارة عن تسعين فدانا السبعون الموقوفة والعشرون المملوكة فإذا فرض أنها جميعها متساوية القيمة ، لم يكن فى وقف الثلاثين فدانا التى وقفت أولا استحقاق واجب لأحد ، أما الباقى من السبعين وهو أربعون فيجب أن يكون للزوجة وللبنات الثلاث استحقاق فى وقفها بقدر سهامهن فى الإرث، فيكون للزوجة ثلاث سهام من أربعة وعشرين ينقسم إليها الاستحقاق فى هذه الأربعين ، ويكون للبنات الثلاث ١٦ سهما من أربعة وعشرين من هذا الاستحقاق ، والخمسة الباقية منه تكون ملحقة بالثلث حكمها حكمه .

(٢) ولو فرض أن الابن القاتل كان له ابن والمسألة بحالها كان ابنه وارثاً فى التركة ومعتبراً فى الاستحقاق وحاجباً للأخ الشقيق ويكون من أصحاب الاستحقاق الواجب ويستحق الأسهم الخمسة الباقية بعد نصيب الزوجة والبنات وجوباً .

(٣) ولو فرض أن الابن القاتل لا ولد له أصلا وأنه لا يوجد أخ شقيق وباقى المسألة بحالها ، كان للزوجة الثمن ثلاثة وللبنات الباقى فرضاً ورداً لكلٍّ منهن سبعة أسهم ويقسم استحقاق الأربعين فداناً بينهن بنسبة هذه السهام وجوباً

(٤) وإذا فرض أن هذا الابن لم يقتل أباه ولكن كان قد حرمه حرماناً معتبراً طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٢٧ لم يحتسب بين ذوى الاستحقاق الواجب

ولا يحجب غيره فى الاستحقاق وإن كان حاجباً له فى ميراث التركة فالحكم فى الصور الثلاث السابقة لايتغير. وقول المذكرة التفسيرية فى شأن نصيب من حرم حرماناً قانونياً « فإذا كان هناك ورثة آخرون يجب لهم استحقاق استحقوا ما يزيد على الثلث » نظر فيه لحالة ما إذا لم يكن معهم وارث آخر من غير ذوى الاستحقاق الواجب على فرض موته كما يظهر هذا مما ورد قبل ذلك واضحاً فى عدة مواضع منها.

وإذا فرض أن الواقف حرمه حرماناً معتبراً قانوناً من بعض استحقاقه كالنصف مثلا فإنه يعتبر كمن مات قبل الواقف بالنسبة للنصف الذى حرم منه فقط ولا يعتبر كذلك بالنسبة للنصف الآخر. وهذا يقتضى حتما إجراء قسمتين فتكون القسمة الأولى لاستحقاق ما زاد على الثلث على فرض وجوده لمعرفة نصيبه وإعطائه ما يستحقه منه ثم يقسم ما حرم منه على ورثة الواقف على فرض موت المحروم ويأخذ ذوو الاستحقاق الواجب استحقاقهم فيه ففى الصورة الأولى، تكون القسمة أولا على الزوجة والبنات والابن، للزوجة الثمن ثلاثة، وللابن ثمانية وخمسان ولكل بنت أربعة وخمس، فيعطى الابن نصف نصيبه أربعة وخمس، ثم يعتبر كمن مات قبل الواقف بالنسبة للنصف الآخر ويقسم هذا النصف على من يرثون الواقف على فرض أن هذا الابن قد مات فى حياته، أى على الزوجة والبنات والأخ الشقيق إذ المفروض أنه لا يوجد من يحجبه بالنسبة لهذا النصف، فيكون للزوجة ثمنه وللبنات ثلثاه، وللأخ الشقيق الباقى، ولكن الأخ الشقيق ليس من ذوى الاستحقاق الواجب أصلا، والزوجة ليست ذات استحقاق واجب فى هذا النصف لأنها استوفت جميع ما يجب لها فى القسمة الأولى فليس لها شىء زائد على ما أوجبه لها القانون، ويكون نصيب الأخ ونصيب الزوجة فيما حرم منه ملحقين بالثلث، أما نصيب البنات منه فإنه يجب لهما.

وفى الصورة الثانية يقسم على الزوجة والبنات وابن الابن لأن والده لا يحجبه بالنسبة لما حرم منه، ويجب له وللبنات ما يصيبهم فى هذه القسمة أما نصيب الزوجة فلا يجب لها لما سبق ويكون ملحقاً بالثلث.

وفى الصورة الثالثة يقسم النصف على الزوجة والبنات فما أصاب الزوجة يلحق بالثلث وما أصاب البنات يجب لهم .

و إذا فرض أن الواقف كانت أوقافه وماله على الوضع الذى ورد فى الصورة الأولى وكان له ثلاث بنات وثلاثة أبناء لاوارث ولاقرابة له سواهم وكان قد حرم إحدى بناته من نصف نصيبها حرمانا معتبراً فى نظر القانون ضم النصف الثانى إلى أنصبة الباقين ووزع الجميع عليهم بنسبة أنصبتهم وهذه الطريقة وقسمة النصف الذى حرمت منه عليهم استقلالا كقسمة الميراث سواء فى النتيجة ، ومثل هذه الصورة هو الذى عنته المذكرة التفسيرية حينما قالت « فيضم ما حرم منه إلى ما يستحقه الآخرون ويوزع الجميع عليهم بنسبة أنصبتهم » ، أى أن هذا إنما يكون إذا كان الآخرون لهم ما يستحقونه استحقاقاً واجباً ، أما من لم يكن له استحقاق واجب لأنه ليس من أصحاب الاستحقاق الواجب أصلا أو لأنه منهم ولكنه استوفى كل ما يجب له على جميع الفروض قبل قسمة ما حرم منه فانه لا يجب له شىء فيه ويكون التوزيع على الوجه الذى ذكرنا . أما إذا لم يكن هناك صاحب نصيب واجب غير المحروم فإن ما حرم منه يلتحق بالثلث ولا محل هنا لقسمة ثانية كما لو كان للواقف ابن ليس له وارث من أصحاب الأنصبة الواجبة سواه لا على فرض وجوده ولا فرض اعتباره ميتاً قبله وحرمه حرماناً قانونياً من نصف استحقاقه كان النصف الآخر ملحقاً بالثلث وذلك أمر فى غاية الوضوح .

ولا تنس ما قدمنا من بيان ما يرجع إليه فى معرفة مقادير المواريث .

١٥٤ — ووقف ما زاد عن ثلث مال الواقف قد يكون جميعه مع الثلث فى عقدة واحدة ، وقد لا يكون مع الثلث ويكون جميعه فى عقدة واحدة ، وقد يكون بعضه مع الثلث أو ما يكمله وبعضه الآخر وقف فى عقدة أو فى عقد متفرقة . فإذا تعددت العقد بدأنا بأسبقها فى احتساب الثلث فلا يتغير وضعها بعد ذلك ومتى استوفى الثلث على هذا الترتيب اعتبر ما زاد عنه كل على حدة وأوجبنا لكل

صاحب استحقاق واجب حقه فى كل وقف على حدة ولا يختص بعضهم بوقف يجمع له فيه نصيبه . فمن كان كل ماله حين موته تسعين فدانا ، وكان قد وقف منها خمسة ثم وقف عشرة ثم وقف عشرين ثم وقف ثلاثين ثم وقف عشرة ثم وقف خمسة عشر، لم يكن لأصحاب الاستحقاق الواجب أى حق واجب فى الوقفين الأولين ويعطى كل منهم حصته فى خمسة أفدنة من الوقف الثالث ثم يعطى كل منهم حصته فى كل وقف من الأوقاف التالية على حدة وليس لأحدهم أن يطالب بأن يجمع استحقاقه الواجب له فى جميع الأوقاف الزائدة على الثلث لتكون فى وقف واحد فليس أحدهما بأولى من الآخر وهذا إذا كان الواقف قد أعطى كل منهم حقه فى كل وقف أظهر ولا سبيل إلى تغيير ما صنع فى هذه الحالة .

١٥٥ — وقت استحقاق الصنف الأول :

قالت هذه المادة « يجب أن يكون للوارثين . . . استحقاق فى الوقف . . . » ولم تبين وقت ثبوت هذا الاستحقاق لأن الأمر فيه بين واضح ، فإيجاب الاستحقاق قد علق بوصف الإرث واستحقاقه فعلا والمقام مقام حماية هؤلاء الوارثين والمحافظة على حقوقهم فكل أولئك يعين أن الشارع أراد إيجاب هذا الاستحقاق فى الوقت الذى كان ملك الأعيان الموقوفة يثبت لهم فيه بطريق الوراثة لولا حصول هذا الوقف ، وهذا الوقت هو وقت وفاة الواقف فيكون وقت ثبوت هذا الاستحقاق، الذى أوجبه القانون خلفاً للوراثة ، هو يوم وفاة المورث لا يتقدم عنه ولا يتأخر ، فليس لأصحاب الاستحقاق الواجب أى حق فى وقف مورثهم قبل وفاته كما لم يكن لهم حق فى أمواله قبل ذلك . ولا يملك الواقف أن يؤخر وقت هذا الاستحقاق بتقديم غيرهم عليهم فى الاستحقاق مدة حياته أو لمدة معينة ثم يجعل لهم ما يجب لهم كاملا بعد ذلك لأن فى هذا حرماناً لهم من نصيبهم فى تلك المدة التى قد يكون من ورائها الحرمان التام إذا مات صاحب الاستحقاق الواجب قبل نهايتها . فتأخير الاستحقاق عن وقت الموت حرمان جزئى أو كلى والواقف لا يملك الحرمان من هذا الحق ، لا من كله ولا من بعضه .

والشارع قد أوجب الاستحقاق لهؤلاء الورثة بإطلاق وأوجب انتقاله من بعد كل منهم لورثته فيكون الاستحقاق واجباً لكل منهم مدة حياته ولا يملك الواقف تأقيته ولا أن يجعله على غاية إلا إذا كان ذلك طبقاً لأحكام هذا القانون.

١٥٦ — الصنف الثانى :

وأهل هذا الصنف هم ذريات أهل الصنف الأول بشرط أن يبقى الاستحقاق واجباً لأصل كل ذرية إلى موته. فلا يدخل فيهم ذرية من مات قبل الواقف من ورثته المذكورين وإن كانت هذه الذرية من أصحاب الوصية الواجبة، وعدم الوجوب لهم لا يمنع الواقف من استعمال الحق المخول له بمقتضى أحكام المادة ٢٩ وإن أدى إلى المساس بالاستحقاق الواجب لأهل الصنف الأول أو بعضهم كما سبق. ولا يدخل فيهم ذرية من كان موجوداً عند موت الواقف ولكنه كان محروماً من الإرث. أو كان محروماً من الاستحقاق ابتداء لسبب من الأسباب المعتبرة فى نظر هذا القانون، أو استحق فعلا ما وجب له ثم طرأ عليه الحرمان لذلك فقد أصبح وليس له استحقاق واجب والذى أوجبه القانون للذرية هو انتقال الاستحقاق الواجب لأصلهم من بعده إليهم، فلا يكون لهم استحقاق واجب إذا لم يكن لأصلهم استحقاق حين موته. ولا يدخل فيهم ذرية من كان موجوداً من هؤلاء الورثة عند موت الواقف ولكن لم يجب له استحقاق فى الوقف بسبب إعطائه بغير عوض ما يساوى نصيبه إذ ليس لأصلهم استحقاق واجب حتى يجب انتقاله إليهم فإن الاستحقاق الذى يجب انتقاله للذرية هو الاستحقاق الذى يدور حوله الكلام فى هذه المادة وهو الاستحقاق الواجب للأصل دون غيره، فإذا كان الواقف قد جعل لهذا الأصل استحقاقاً اختيارياً فإنه لا يكون واجباً لذريته ويتبع ما شرطه الواقف فى مصرفه بعد هذا الأصل ويكون له أن يغير فيه كما يريد. ولا يدخل فيهم ذرية ورثة الواقف من قرابته الآخرين ولا ذرية قرابته غير الوارثين لعدم وجوب شىء لأصولهم حتى يجب انتقاله إليهم، فلا يجب استحقاق لذرية الأجداد والجدات وإن علوا ولا ذرية الأعمام والعمات ولا ذرية الأخوال

والخالات مهما كانت درجة القرابة التى تربطهم بالواقف ومهما كانت قوتها . ولا يجب استحقاق أيضاً لذرية الإخوة ولا لذرية الأخوات بهذا العنوان ، وهذا لا يمنع الوجوب لهم إذا كانوا من ذرية الأب أو ذرية الأم التى يجب أن ينتقل إليها ما يستحقه كل منهما أو كان الاستحقاق قد انتقل وجوباً إلى أصولهم بصفتهم ذرية الأب أو ذرية الأم .

١٥٧ — وقد أوجب القانون انتقال الاستحقاق الواجب لكل وارث إلى ذريته فحسب ، فلم يوجب انتقاله إلى ورثة هذا المستحق أياً كانوا ، ولا إلى وارثيه ، من الذرية والوالدين والأزواج كما صنع فى الواقف ، بل جعل ذلك حقاً لذريته وحدهم فليس لوالديه ولا للزوج ولا للزوجة أو الزوجات ، ولا لورثته من الأخوة أو الأخوات أو الأعمام أو العمات أو سائر القرابة حق فيه ، وانما هو حق لذريته خاصة .

والذرية كالنسل اسم جامع يتناول من كان ومن لم يكن ومن علا ومن نزل من فروعه ، ويصدق على الذكر والأنثى وعلى الواحد والاثنين والأكثر ، ولكن اشتراط القانون أن يكون الانتقال طبقاً لأحكامه قد يحد من هذا المعنى فى بعض الأحوال كما ستعرف إن شاء الله .

وقد أطلق القانون فى الذرية فلم يصفها بوصف ولم يقيدها بقيد ، فهى تشمل الوارث وغير الوارث ، محجوباً كان هذا الأخير أو محروماً من الإرث وإن كان حرمانه منه لردته أو لقتل مورثه أو لمخالفته له فى الدين ، فالحكم فى هذا الصنف مختلف عنه فى الصنف الأول اختلافاً جوهرياً ومختلف عن الطريقة التى سلكت فى الوصية الواجبة،وإذا كان استبعاد الوارثين من والدى الوارث وزوجه أوأزواجه هنا قد يكون له ما يبرره ، فإن عدم وصف الذرية هنا بالوراثة ليس له ما يبرره ، فاتجاه القانون الرئيسى هو حماية الوارثين من الذرية دون غيرهم ، ولكنه سلك هذا المسلك فى ذرية الواقف وحده ولم يسلكه فى ذرية ورثته ، هذا إلى ما يؤدى إليه الاطلاق من استحقاق القاتل والمرتد وأشباههما وفى ذلك من الشناعة ما فيه

ولو أن الذرية وصفت بالوراثة ونظم أمر الانتقال فيها على هذا الأساس لاتسقت الأحكام وكفينا شر الشذوذ فى بعض الأحوال .

١٥٨ — ولا يجب شىء من الاستحقاق لأحد من أهل هذا الصنف إذا كان الواقف قد أعطاه بغير عوض مايساوى نصيبه عن طريق تصرف آخر فإن كان ماأعطاه له أقل مما يجب له استحق فى الوقف بقدر ما يكمله ، وذلك لأن عبارة «هذا الاستحقاق» الواردة بالفقرة الثانية من هذه المادة تشير إلى الاستحقاق الوارد بالفقرة الأولى وهو استحقاق كل من الصنفين ولا وجه مطلقاً لقصره على استحقاق الصنف الأول ، وماجاء بالمذكرة التفسيرية من الاقتصار على هذا الصنف لايراد منه قصر الحكم الوارد بالمادة عليه ولا الإشارة إلى ذلك وكل ما فى الأمر أنها ذكرت ما هو أيسر وأقرب إلى الوقوع عادة ، وما قدمناه فى الصنف الأول خاصاً بهذا الحكم يجرى جميعه هنا ، غير أن الواقف إذا كان قد أعطى واحداً من هذه الذرية ما يقضى بعدم وجوب الانتقال له فإنه يكون مطلق التصرف فى استحقاق المعطى وحده ولا يؤثر هذا فى استحقاق ذريته لأن وجوب الانتقال إليهم لم يكن إلاّ بسبب أنهم ذرية وارث الواقف فلا يؤثر فى استحقاقهم عدم الوجوب لمن عدا هذا الوارث من أصولهم ولا حرمانه . فإذا أعطى الواقف لابن ابنه ما يساوى نصيبه فى استحقاق أبيه لم يجب له شىء وكان مطلق التصرف فى استحقاقه هو وحده لا فيما يصيب أولاده وذريته بصفتهم من ذرية ابن الواقف ، وحكم الحرمان كحكم عدم الوجوب فى هذا . فلو شرط الواقف المصرى المسلم حرمان من يتزوج بأجنبية غير مسلمة من أولاده وذريتهم وأقرت المحكمة شرطه هذا فمن تزوج مثل هذا الزواج من أبناء الواقف حرم من الاستحقاق ولا يجب لذريته استحقاق لأن الواجب لهذه الذرية هو انتقال ما يكون واجباً لأصلهم هذا عند موته وقد مات ولا استحقاق له . أما إذا تزوج مثل هذا الزواج أحد من أولاد أولاده الذين وجب لهم الاستحقاق فإنه يكون محروما ولكن أولاد هذا المحروم لا يحرمون لأن شرط الواقف لاينص على ذلك وحرمان والدهم لا يقتضى عدم وجوب الانتقال لهم

فإن هذا الانتقال لم يكن عنه بل عن الوارث والحق لم يجب لهم لأنهم ذرية المحروم وإنما وجب لهم بصفة كونهم من ذرية ابن الواقف أو بنته .

١٥٩ — والواجب لأهل هذا الصنف هو أن ينتقل إلى ذرية كل وارث من ورثة الواقف المذكورين ما كان يستحقه فى الوقف استحقاقا واجبا . فإذا كان له مع الاستحقاق الواجب استحقاق اختيارى أو كان كل استحقاقه اختياريا لا يجب انتقال هذا النوع من الاستحقاق بل يتبع فيه ما شرطه الواقف وما يجب اتباعه من أحكام الاستحقاق الاختيارى . ولا شأن لذرية أى وارث فى استحقاق الوارث الآخر إلا أن يكونوا من ذريته أيضاً كما لو ماتت زوجة الواقف بعده وليس لها من الذرية إلا أولاد أولادها وهم أولاد أولاد الواقف أو كان هؤلاء من بينهم فإنه يجب لهم حق فى استحقاقها أيضاً لكونهم من ذريتها .

واستحقاق ذرية كل وارث لما هو مستحق له يثبت لها من بعده أى بعد وفاته ، فليس لها حق واجب فيه ما دام حياً بل هو حق خالص له لا يشاركه فيه أحد ، ولا يتأخر استحقاقهم هذا عن وقت موته وإن كان الوقف مرتب الطبقات وقد شرط الواقف فيه بنص صريح ألا يستحق أحد من الطبقة الثانية مع وجود أحد من أهل الطبقة الأولى وأكد العمل بشرطه هذا ، لأنه شرط باطل بالنسبة للاستحقاق الواجب لذرية هذا الوارث الذى مات إذ هو شرط يقتضى تأخير استحقاقهم وذلك حرمان منه مدة التأخير فهو حرمان من بعضه وهو لا يملك أن يشترط حرمان أحد من كل أو بعض الاستحقاق الواجب له . وأوجب الشارع انتقال هذا الاستحقاق إليهم بإطلاق فكان ثابتاً لكل ذرية مدة وجودها ما لم يمنع من ذلك مانع قانونى . فلو وقف رجل أرضه على نفسه ثم على أولاده وذريته للذكر مثل حظ الأنثيين وقفا مرتب الطبقات على ألا يستحق أحد من بطن أسفل مع وجود أحد من البطن الأعلى ثم مات وكان كل ماله هو الأرض الموقوفة وترك بنتين وثلاثة أبناء ولم يترك أحداً من الزوجات ولا من الوالدين كان الحكم فى وقفه هذا مختلفا ، فإن نصيب كل واحد من أولاده يكون ثلثاه

استحقاقاً واجباً وينتقل بموته إلى ذريته وإن كان بقية إخوته أو بعضهم موجوداً ولا يعمل بشرطه هذا لأنه شرط باطل كما سبق ولا تنقض القسمة فى ثلثى الريع بموت آخر واحد من أولاد الواقف لأن نقضها يترتب عليه إدخال ذرية كل منهم فى الاستحقاق الواجب للآخرين وهـذا ما يمنعه القانون ، أما ثلث استحقاق كل واحد من أولاد الواقف فإنه استحقاق اختيارى ويعمل فيه بشرط الواقف هذا فلا تتناول ذريته منه شيئاً ما دامت طبقة أولاد الواقف موجودة ومتى انقرضت هذه الطبقة وزع ثلث ريع الوقف على أهل الطبقة الثانية طبق شرط الواقف .

١٦٠ — وقد أوجب الشارع أن ينتقل الاستحقاق الواجب لكل وارث من ورثة الواقف المشار إليهم من بعده هو إلى ذريته وفقاً لأحكام هذا القانون ، وأرسل القول فى هـذا ولم يخص حكماً من أحكامه دون آخر فوجب أن يراعى فى الانتقال إليهم كل حكم فى القانون له مساس بذلك .

فيجب أن يراعى فى وجوب الانتقال شرط وجوب الاستحقاق الوارد بالفقرة الثانية من هذه المادة على النحو الذى بيناه آنفاً . كما يجب أن يراعى عدم جواز الحرمان من هذا الاستحقاق إلا طبقاً للأحكام الواردة فى مواد الاستحقاق وعودة الاستحقاق إذا زال سببه . واعتبار المحروم فى حكم من مات فى حياة الواقف بالنسبة لما حرم منه . وسقوط الحق فيه بالرضا أو عدم رفع الدعوى على الوجه المبين فى الفقرة الثانية من المادة ٣٠

وإذا كان الوقف مؤقتاً وجب أن تراعى فى الانتقال أحكام التأقيت فلا ينتقل إلى ذرية الوارث استحقاق إلا مدة بقاء الوقف ولا ينتقل إلى الذرية شىء بعد انقراض البطن الأول منها فإنهم هم الطبقة الثانية بالنسبة للتأقيت وينتهى الوقف بانقراضهم ، هذا إذا كان التأقيت بالطبقات . وإذا كان بالمدة المعينة لا يكون انتقال بعدها لانتهاء الوقف بانتهائها .

وإذا كان الوقف مرتب الطبقات وكان مؤبداً أو كان مؤقتاً بالمدة المعينة وأمكن أن يوجد أثناءها أكثر من طبقتين وجب أن تراعى أحكام المادة ٣٢

من عدم حجب الأصل فرع غيره وعدم نقض قسمة ريع الوقف بانقراض أهل الطبقة العليا ، وعدم نقض القسمة أمر محتم بالنسبة للاستحقاق الواجب فلو كان للواقف شرط فى ذلك كان شرطاً باطلا طبقاً لأحكام المادة ٢٥ وسيأتى تفصيل ذلك ، ولأهمية هذا المعنى أشير إلى المادة ٣٢ فى المذكرة التفسيرية إشارة خاصة . وكذلك يجب أن يراعى فى الانتقال أحكام المواد ٣٣ و ٣٤ و ٣٥ و ٣٩ وكل حكم آخر يكون له علاقة بهذا الانتقال .

١٦١ — وليس لهذا القانون أحكام فى الجمع والترتيب ، ولا فى التساوى والتفاضل بوجه عام ، أى أنه لم يتدخل فى إرادة الواقف ولم يوجب عليه ترتيباً بين البطون فى الاستحقاق ولا مفاضلة بين الذكر والأنثى فى الأنصبة وتركه مطلق الإرادة فى ذلك ، فإن شاء جمع بين البطون فى الاستحقاق وإن شاء رتّب بينها ، وإن شاء سوى بين الذكور والإناث وإن شاء فضّل الذكر على الأنثى أو فضل الأنثى على الذكر أو فضل بعض الذكور أو فضل بعض الأناث ، فلا حرج عليه فى شىء من ذلك ، والقانون لم يوجب عليه فى هذين الأمرين شيئاً إلا فيما يجب للوارثين من ذريته وزوجه أو أزواجه ووالديه ، فقد أوجب أن يكون استحقاقهم وفقاً لأحكام الميراث ، ورتب بين كل منهم وبين ذريته ، وليس له فيما وراء ذلك إيجاب للترتيب ولا بيان لمقادير الأنصبة . وما أوجبه فى هذا بالنسبة لهؤلاء الوارثين حكم خاص بهم لا سبيل إلى تطبيقه على غيرهم ، سواء أكان من ذريتهم أم لم يكن منها .

وقد عرفنا من قبل أن الذرية اسم جامع كالنسل يتناول كل من تناسل من المرء بعد عنه أو قرب ، وارثاً كان أو غير وارث . وعبارة هذه المادة لا تدل على أكثر من وجوب الانتقال إلى ذرية الوارث ولم تفصل حكم هذا الانتقال ولم تبين كيف يكون ، أيكون بطريق الجمع أو بطريق الترتيب ، وهل يكون بالتساوى أو بالتفاضل ، والقانون لا حكم له فى هاتين المسألتين كما أسلفنا ، ومن هذا كله يخرج أن الواقف مطلقَ الإرادة فى ذلك ، فإذا كان له شرط فى ذلك وجب

اتباعه ألا أن يكون فيه حرمان لبعض هذه الذرية فإنه لا يتبع لأن القانون أوجب انتقال الاستحقاق إليهم جميعاً ، أو يكون فيه نقل لبعض هذا الاستحقاق إلى غيرهم لأن فى ذلك حرماناً لهـذه الذرية من بعض ما يجب لها . وإذا لم يكن للواقف شرط صريح فى التساوى والتفاضل فان إطلاق النص هنا كان يقضى بانتقال الاستحقاق عن الأصل إلى جميع ذريته بالتساوى لا فرق بين الذكر والأنثى كما يقضى باشتراك جميع الطبقات فلا يحجب أصل فرعه ولا تحجب الطبقة العليا الطبقات السفلى . ولـكن الشارع لا يريد التساوى كما أشارت إلى ذلك المذكرة التفسيرية إشارة بينة ، فقد نبهت هنا تنبيهاً خاصاً إلى أحكام المادة ٣٢ التى قالت فى تفسيرها « وانتقال نصيب من مات إلى فرعه يكون طبق شرط الواقف ، فإن نص على التسوية بين الذكر والأنثى عمل به ، وإن نص على أن للذكر مثل حظ الأنثيين عمل به ، وإن سكت كان بالتساوى ، اللهم إلا فى أنصبة ذوى الاستحقاق الواجب ، إذا كان الواقف قد وقف عليهم ، فلا يكون السكوت هنا دليل التساوى لقيام قرينة أقوى منه وهى إرادة الشارع مسايرة المواريث فى قسمة الغلة ، وكذلك لو لم يكونوا من الموقوف عليهم ثم دخلوا فى الاستحقاق وفقاً للمادة ٣٠ » .

وهذا القول كما ترى قد اقتصر على مسألة التساوى والتفاضل ولم يعرض لمسألة الترتيب والجمع ، فلا مناص من العمل باطلاق النص واشتراك جميع الذرية فى هذا الاستحقاق إن لم يكن للواقف شرط فى ترتيبه أما إذا كان له شرط فى ذلك فانه يجب إتباعه .

(١) فلو أن واقفاً وقف ما يزيد على ثلث ماله على نفسه ثم على أولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات وشرط أن يكون للأنثى مثل الذكر فى الاستحقاق وألا يستحق أحد من بطن أسـفل مع وجود أحد من البطن الأعلى وأن يحجب الأصل فرعه وفرع غيره من جميع الطبقات ، وتوفى وترك بنتاً وثلاثة أبناء ، وكانوا وارثيه ولا وارث له سواهم ، استحقت بنته سبع غلة هذا الوقف لا رُبْعه واستحق

كل من الأبناء الثلاثة السبعين وفقاً لأحكام الميراث ، ولا يعمل بشرطه فى التساوى لأن فيه حرماناً لكل واحد من الأبناء من بعض ما يجب له ، والمفروض أن هذا الشرط ليس له ما يبرره قانوناً . ومن مات من أولاده هؤلاء وكانت له ذرية انتقل استحقاقه إليهم وحدهم وإن كان بقية أولاد الواقف أحياء ، ولايعمل بشرطه أن تحجب الطبقة العليا من أولاده وذريته الطبقة السفلى لأن فيه حرماناً لذرية من مات مما يجب لهم وهو انتقال استحقاقه إليهم بعد وفاته . ويصرف هذا الاستحقاق إلى ذرية من مات طبق شرط الواقف فيوزع على الطبقة العليا منهم وحدها ولا يستحق فيه ولد من مات من أهل هذه الطبقة ما بقى منهم أحد ويكونون متساوين فى الاستحقاق . ومتى انقرضت الطبقة الأولى من هذه الذرية انتقل هذا الاستحقاق إلى الطبقة الثانية منها وحدها بالتساوى ، وإن كان هناك مستحقون من أولاد الواقف الآخرين أو من الطبقة الأولى من ذريتهم ولايعمل إذ ذاك بشرط الواقف فى الترتيب لما أسلفنا ، ويستمر استحقاق هذا الأصل متنقلا فى ذريته على هذا الوضع ويراعى فيه شرط الواقف فى التساوى وفى الترتيب بين طبقات هذه الذرية وحدها .

(٢) ولو أن هذا الواقف كان قد وقف هذا المقدار على أولاد له عينهم بأسمائهم هم الأبناء الثلاثة ثم على ذريتهم ونسلهم على الوضع الذى ذكرناه آنفاً وتوفى وترك أبناءه الثلاثة الموقوف عليهم وبنتاً وزوجة وكانوا جميعاً وارثيه ولا وارث له سواهم ، استحقت زوجته ثمن الغلة وبنته سبعها وكل من الأبناء الثلاثة السبعين وفقاً لأحكام الميراث . ومتى ماتت الزوجة لا ينتقل استحقاقها لذريتها ويعود إلى الموقوف عليهم وهم الأبناء الثلاثة وذريتهم ونسلهم كما سيأتى بيان ذلك فى شرح المادة ٢٨ ، ولكن استحقاق الموقوف عليهم لهذا النصيب بعد الزوجة ليس استحقاقاً واجباً وإنما هو استحقاق اختيارى يراعى فيه شرط الواقف فى الترتيب ومقدار النصيب بدون قيد ولا شرط ، أما السبعان اللذان استحقهما كل إبن استحقاقاً واجباً فيراعى فى انتقالهما إلى ذريته ما بيناه فى الصورة الأولى .

وإذا ماتت البنت وكانت لها ذرية انتقل السبع الذى استحقته إلى ذريتها، والواقف ليس له شرط فى هذا الاستحقاق لأن ما شرطه من الترتيب والتساوى فى وقفه خاص بمن وقف عليهم دون من حرمهم ولم يدخلهم فى وقفه فيراعى فى توزيع هذا الاستحقاق ما صرحت به المذكرة التفسيرية فيكون للذكر فيه مثل حظ الأنثيين. ولكن لا تختص به الطبقة العليا من هذه الذرية ولا يحجب الأصل فرعه ويشترك فيه جميع الموجودين من هذه الذرية، ومن مات منهم سقط سهمه ومن حدث منهم استحق مع الموجودين ويراعى فى قسمته من يكون موجوداً عند ظهور الغلة كما هو الشأن فى الوقف إذا لم يكن مرتب الطبقات.

ولو أن ذاهباً ذهب فى مثل هذه الصورة إلى أن الواقف قد جعل جميع الاستحقاق فى وقفه مرتب الطبقات ولو أنه كان قد أدخل بنته وذريته فى هذا الوقف على هذا الوضع لاتبع شرطه فى ذريتها ترتيباً ونصيباً وحكم القانون لم يصنع أكثر من أنه قام مقامه وصنع ما كان يجب عليه أن يصنعه فيعتبر شرطه شرطا فى استحقاق الجميع، لا فرق فى ذلك بين من أدخله هو ومن أدخله القانون، ولا فرق بين الترتيب ولا مقدار الأنصبة، لو ذهب إلى هذا ذاهب لكان له وجه ولكن قانا العمل بشرط الواقف فى شأن الترتيب شر الشذوذ وعدم الاستقرار فى توزيع غلة هذه الحصة، وعدم الاستقرار فى توزيع الغلة من أبغض الأمور إلى الشارع كما تنطق به نصوص هذا القانون فى كثير من المواطن.

١٦٢ — ويتضح مما سبق أن أهل الصنف الثانى من ذوى الاستحقاق الواجب يختلفون مع أهل الصنف الأول فيما يأتى:

(١) أن أهل الصنف الثانى لا يدخل فيهم والدا المستحق ولا زوجه أو أزواجه ولكن والدى الواقف وأزواجه يدخلون فى أهل الصنف الأول.

(٢) لم يشترط الإرث فى أهل الصنف الثانى واشترط فى أهل الصنف الأول فالمحروم منهم من الإرث لا يجب له استحقاق ولكن الحرمان من الإرث لا يمنع أهل الصنف الثانى من وجوب الاستحقاق لهم.

(٣) الوجوب لأهل الصنف الأول أصلي ولأهل الصنف الثانى تبعى ، فمن لم يجب لأصله منهم شيء لم يجب له شيء ومن حرم أصله لا يجب له شيء فيما حرم منه كلا أو بعضاً ، ولا يترتب على حرمان أحد من الصنف الثانى أو عدم الوجوب له حرمان فرعه ولا عدم الوجوب له .

(٤) حدد الشارع أنصبة الصنف الأول ولم يصنع مثل ذلك فى الصنف الثانى فإن كان للواقف فى ذلك شرط صريح اتبع كائناً ما كان وإلا كان للذكر مثل حظ الأنثيين .

١٦٣ — وأحكام المادة ٢٤ لا تطبق على الأوقاف التى صدرت أو تصدر من الملك ولا على الأوقاف التى يديرها ديوان الأوقاف الملكية أو يكون له حق النظر عليها سواء أصدرت قبل العمل بهذا القانون أم بعده، كما هو صريح المادة ٦١

أما الأوقاف الأخرى فإنها تطبق عليها سواء أصدرت قبل القانون أم بعده طبقاً لنص المادة ٥٦ ولكنها لا تطبق على الأوقاف السابقة جميعها وإنما يقتصر تطبيقها على الأوقاف التى صدرت قبل العمل بهذا القانون وكان واقفوها أحياء عند العمل به وكان لهم حق الرجوع عنها ، أما الأوقاف الصادرة قبل العمل به ومات واقفوها قبل ذلك والأوقاف التى كان واقفوها أحياء عند العمل به ولكن ليس لهم حق الرجوع عنها فإن هذه المادة لا تطبق عليها كما هو صريح الفقرة الثالثة من المادة ٥٧ . فليس فى الأوقاف التى لا تطبق عليها هذه المادة استحقاق واجب لأحد .

وأحكام هذه المادة كما تطبق على الحوادث اللاحقة تطبق على الحوادث السابقة والمراد من الحوادث هنا هو بيان الموقوف عليهم ، وتوزيع الاستحقاق وتحديد الأنصبة وطريقة تنقلها بين طبقات المستحقين ، وهذا قد يكون منذ إنشاء الوقف ويبقى بدون تغيير، وقد يكون بعد إنشاء الوقف، إما إكمالا له أو تغييراً فى مصارفه وشروطه ، قبل العمل بهذا القانون أو بعده ، فأحكام هذه المادة تطبق فى جميع هذه الأحوال . غير أنه إذا كانت هناك أحكام نهائية صادرة قبل العمل بهذا

القانون وكانت مما يمس الاستحقاق الواجب تكون نافذة بالنسبة لطرفى الخصومة وإن خالفت أحكام هذه المادة وتفصيل ذلك يأتى بمشيئة الله فى شرح المادة ٦٠

١٦٤ — ثانياً — الحرمان من الاستحقاق :

الحرمان لغة هو المنع ، وهو نقيض الإعطاء والرزق [١] . والمنع من الشىء قد يكون ابتداء ومنعاً من الأصل ، وقد يكون فيما يستأنف من الوقت بعد الإعطاء ، فكل منهما منع وكل منهما يصدق عليه اسم الحرمان ، وليس من مفهوم الحرمان أن يكون المحروم منه حقاً واجباً للمحروم ، فحرمان المرء من الشىء منعه عنه ، كان هذا الشىء حقاً واجباً له أو لم يكن ، وليس من مفهومه أيضاً أن يكون مَنْ مُنعَ غير من مَنَع ، فقد يحرم المرء غيره وقد يحرم هو نفسه ، وكل منهما يطلق عليه اسم الحرمان فى الاستعمال اللغوى والعرفى .

والحرمان فى باب الاستحقاق الواجب يراد منه منع هذا الاستحقاق من الأصل عن صاحبه أو قطعه عنه بعد جعله له من غير أن يكون لصاحبه دخل فى ذلك . فهو لايتناول فى هذا المقام منع الاستحقاق عن الوارث المحروم من الإرث ، ولا عن الوارث من الوالدين والأزواج والذرية إذا كان الواقف قد أعطاه عوضاً لما منع عنه ، ولا عن الوارث من غير هؤلاء ، فالمنع فى جميع هذه الأحوال لايسمى هنا حرماناً فى نظر هذا القانون لعدم الوجوب ، ولايتناول أيضاً حرمان المرء نفسه من الاستحقاق بسبب رده فإنه هو الذى حرم نفسه وقد اختار القانون لهذا النوع من الحرمان فى المادة ٣٤ اسم البطلان وقابل فيها بينه و بين الحرمان ، ومن قبيل الرد رضا

---

(١) جاء فى لسان العرب : الحِرْم المنع ، الحِرْمة الحرمان ، والحرمان نقيض الإعطاء والرزق يقال محروم ومرزوق ، و حرَمه الشىء يحرمه و حَرمه حرماناً وحرْماً وحريماً وحرْمة و حَرمَة وحريمة ، وأحرمه لغة ليست بالعالية ، كله منعها لعطية . ورجل محروم ممنوع من الخير وفى التهذيب المحروم الذى حرم الخير حرمانا ، وقوله تعالى « فى أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » قيل المحروم الذى لا ينمى له مال وقيل أيضاً أنه المحارف الذى لا يكاد يكتسب .

المحروم بالحرمان أو سكوته عن المطالبة به فى الموعد المحدد حتى سقط طبقاً لما هو وارد فى الفقرة الثانية من المادة ٣٠ ، فليس رضاه أو سكوته إلا رداً لاستحقاق أوجبه له القانون نيابة عن الواقف فهو هنا لايعتبر من الحرمان وهو من باب إبطال الاستحقاق ، فاتضح من هذا أن للحرمان ، وعدم الوجوب ، وبطلان الاستحقاق فى هذا المقام مفاهيم متغايرة تترتب عليها نتائج مختلفة.

١٦٥ — والحرمان بوجه عام أنواع ثلاثة :

(١) حرمان واجب ، وهو مايكون بسبب قتل الواقف طبقاً للمادة ٢٦، وهو حرمان حتمه القانون لاوزن فيه لإرادة الواقف . ويكون فى الاستحقاق الواجب وفى الاستحقاق الاختيارى على السواء.

(٢) حرمان جائز ، وهو ما يكون فى الاستحقاق الاختيارى أو يكون فى الاستحقاق الواجب طبقاً للحدود التى رسمها القانون ، وقد يكون ناشئاً عن إرادة الواقف المطلقة ، أو المحدودة ، أو ناشئاً عنها وعن عمل من المحروم أخل فيه بما شرطه الواقف.

(٣) حرمان غير جائز ، وهو يكون فى الاستحقاق الواجب إذا توافرت شرائط الوجوب وانتفت أسباب الحرمان القانونية ، ويكون أيضاً فى الاستحقاق الاختيارى إذا كان مبنياً على الإخلال بشرط باطل طبقاً للمادة ٢٢ .

فهذه الأنواع الثلاثة كما تكون فى الاستحقاق الواجب تكون فى الاستحقاق الاختيارى . وقد فصل الشارع أحكام الحرمان من الاستحقاق الواجب فى المواد (٢٥و٢٧ـ ٣٠) . أما الأحكام التى تعمهما فهى واردة فى المواد (٢٢و٢٦و٣٤و٣٩و٥٧—٦١) وفيمايلى شرح الحرمان للقتل وشرح القسم الأول من هذه الأحكام .

(ا) الحرمان من الاستحقاق الواجب :

مادة ٢٥ — لايجوز حرمان أحد من كل أو من بعض الاستحقاق الواجب له وفقاً لاحكام المادة ٢٤ ولااشتراط مايقتضى ذلك إلا طبقاً للنصوص الآتية .

ويعتبر المحروم فى حكم من مات فى حياة الواقف بالنسبة لما حرم منه.

ويعود له حقه إذا زال سبب الحرمان.

١٦٦ – بعد أن قرر الشارع فى المادة ٢٤ الاستحقاق الواجب وبين أهله وشرائطه ومقداره أكد هذا الوجوب هنا ونص على أنه لا يجوز للواقف ولا لمن ينوب عنه حرمان أحد من ذوى الاستحقاق الواجب من الاستحقاق الواجب له أو من بعضه إلا إذا كان هذا القانون قد رخص له فيه بالمواد (٢٦–٢٩).

وعدم الجواز هنا ليس معناه الحرمة وعدم الحل بل معناه عدم النفاذ ابتداء وعدم الصحة إن لم يجز ونقض التصرف بمقدار ما يصون لصاحب الاستحقاق الواجب حقه، والحكم هنا خاص بالاستحقاق الواجب فلا شأن له بالاستحقاق الاختيارى والحرمان منه، سواء أكان المحروم من ذوى الاستحقاق الواجب أم لم يكن منهم.

وحرمان صاحب الاستحقاق الواجب قد يكون بعدم إعطائه ما يستحقه من حين إنشاء الواقف وقد يكون بإخراجه من ذلك بعد أن جعل له، وقد يكون حرماناً ناجزاً وقد يكون مشروطا بشرط، كأن يشترط فى وقفه شرطاً يقتضى حرمانه مما يجب له أو من بعضه، سواء أكان لصاحب الاستحقاق الواجب دخل فى تحقق هذا الشرط أم لم يكن، كأن يقف على زوجته ويشترط حرمانها من الاستحقاق إذا رزق بذرية أو إذا تزوجت بعد موته، أو يقف على أولاده وذريته ويشترط على الموقوف عليهم القيام بأمور يعينها أو الكف عنها حتى إذا أخلوا بشرطه كانوا محرومين من الاستحقاق أو من بعضه، أو يقف عليهم ويجعل وقفه غير مرتب الطبقات ويشترط فيه اشتراك جميع الذرية فى الاستحقاق، أو يشترط فى وقفه مرتب الطبقات عدم انتقال نصيب من يموت من الطبقة الأولى إلى ذريته مادام فى طبقته أحد أو يشترط فيه نقض قسمة الريع بانقراض الطبقة العليا وتوزيعه على عدد رؤوس الطبقة التى تليها. فهذه الشروط وأمثالها كلها تكون شروطاً باطلة لأنها تفضى إلى حرمان صاحب الاستحقاق الواجب من كل هذا الاستحقاق أو من بعضه اللهم إلا إذا كانت مما رخص له فيه الشارع فإنها تكون محترمة ويجب اتباعها

وحرمان صاحب الاستحقاق الواجب من كل هذا الاستحقاق يكون بحرمانه منه جميعه مدة حياته ، وحرمانه من بعضه يكون بحرمانه منه جميعه فى بعض هذه المدة ، و بنقص هذا المقدار طول حياته أو فى مدة معينة أو فى حال دون حال ، وتأخير الاستحقاق الواجب عن وقته قد يكون حرماناً من بعضه وقد يكون منه جميعه كما سبق .

١٦٧ — والحرمان الصحيح فى نظر هذا القانون هو الحرمان الواجب ، والحرمان المرخص به فى المواد (٢٧—٣٩) ، فكل حرمان يتجاوز هذه الحدود يكون حرماناً غير نافذ ، و إذا كان قول الشارع فى هذه المادة « إلا طبقاً للنصوص الآتية » بدون تعيين قد يحتمل شيئاً من التوسع فإنه لايريد ذلك وأكد مراده فى مذكرته التفسيرية حيث صرح بحصر الأحوال التى يثبت فيه الحرمان الصحيح فى الأحوال الواردة بالمواد المذكورة . ولايخل بهذا الحصر ماجاء بالمادة ٦٠ من أن الأحكام النهائية التى صدرت قبل العمل بهذا القانون فى غير الولاية على الوقف تكون نافذة بالنسبة لطرفى الخصومة ولو خالفت أحكام هذا القانون ، وقد يكون فى نفاذ هذه الأحكام حرمان من الاستحقاق الواجب أو بعضه . لايخل ذلك بهذا لأن أحكام تلك المادة ليست إلا استثناء لسريان أحكام هذا القانون جميعها على الأحوال التى أشارت إليها ومن أحكام هذا القانون تقرير الاستحقاق الواجب فهى لاتطبق فى هذه الأحوال ، فلا يكون هناك استحقاق واجب حتى يقال أن صاحبه قد حرم منه ، ففى هذه الأحوال يكون عدم وجوب استحقاق لاحرمان من استحقاق واجب .

ب — آثار الحرمان الصحيح من الاستحقاق الواجب

١٦٨ — صرح الشارع بالفقرة الثانية من هذه المادة باعتبار المحروم فى حكم من مات فى حياة الواقف بالنسبة لما حرم منه . وقد أطلق المحروم ولكن لايراد منه إلا من حرم حرماناً صحيحاً فى نظر هذا القانون لا المحروم حرماناً باطلا ، فإن

هذا فى الواقع لم يبق محروماً . ولايراد منه أيضاً إلا المحروم من الاستحقاق الواجب ، أما المحروم من الاستحقاق الاختيارى فإن القانون لم يعط حكمه هنا بل بينه فى المادة ٣٤ ، وهذا هو ما يقتضيه المقام وسوق الكلام ، وقد أعربت المذكرة التفسيرية عما يريده الشارع هنا من المحروم بوضوح حيث تقول « ومن حرم حرماناً قانونياً من كل نصيبه الواجب له اعتبر ميتاً فى حياة الواقف بالنسبة لهذا النصيب جميعه فلا يفرض موجوداً بين الورثة أصلا ومن حرم من بعض هذا النصيب اعتبر موجوداً بالنسبة لما لم يحرم منه وميتاً فى حياة الواقف بالنسبة لما حرم منه » والمراد منه أيضاً المحروم من أهل الصنف الأول خاصة لا المحروم من الصنفين جميعاً ، يدل على ذلك ماجاء بالمذكرة التفسيرية فيما نقلناه هنا وفيما ورد بها بعده ، وهذا هو الذى يقتضيه النظر الصحيح ،فإن الاستحقاق الواجب لأهل الصنف الثانى لم ينط بالوراثة ، وذرية المحروم منهم لاتستحق باعتبارها ذرية المحروم ، بل باعتبارها من ذرية أصلها من أهل الصنف الأول ، فلافرق إذاً بين اعتبار المحروم من أهل الصنف الثانى ميتاً من وقت الحرمان أو ميتاً فى حياة الواقف ، ولا أثر للاعتبار الثانى بالنسبة لنصيبه ويكفى فى شأنه الحكم العام الوارد فى المادة ٣٤ وهو إعطاء حكم نصيب المحروم حكم نصيب من مات. على أننا لو قلنا بأنه هنا شامل لمن حرم من أهل الصنفين لم يكن من وراء ذلك ضرر سوى أن هذا الحكم يكون بالنسبة للمحروم من أهل الصنف الثانى حكما لا ثمرة له ولا ينتظر من ورائه فائدة سوى الارتباك .

١٦٩ — والمحروم من أهل الصنف الأول يعتبر ميتاً فى حياة الواقف ، سواء أكان حرمانه حرماناً أصلياً أى من بدء الوقت الذى كان يجب له فيه الاستحقاق لولا الحرمان ، أم كان حرماناً طارئاً عليه بعد أن ثبت له هذا الاستحقاق . ويجب أن يراعى أن المحروم من إرث الواقف لايسمى محروماً من الاستحقاق الواجب بل هو ممن لم يجب لهم الاستحقاق لعدم توافر شرط الوجوب وهو الوراثة ، وإنما ذكر قتل الواقف فى أسباب الحرمان مراعاة للاستحقاق الاختيارى وللاستحقاق الواجب لأهل الصنف الثانى كما

سيجيء . فالمحروم من أهل الصنف الأول لا يكون إلا وارثاً ، ووراثته للتركة لاتمنع من اعتباره ميتاً فى حياة الواقف بالنسبة لتوزيع الاستحقاق على الورثة ومعرفة أنصبة ذوى الاستحقاق الواجب وهى تكون بقدر ما يستحقونه إرثاً على فرض أن هذا المحروم من الاستحقاق ليس من بين ورثته وإذ ذاك يكون هناك ورثة للتركة وورثة ينظر إليهم فى شأن الاستحقاق . ويترتب على الحرمان واعتبار المحروم ميتاً فى حياة الآثار الآتية :

١٧٠ — (١) فيترتب على حرمان صاحب الاستحقاق الواجب من أهل الصنف الأول من كل نصيبه ألاّ يجب لذريته استحقاق فى وقف مايزيد على ثلث مال الواقف ، فإن الذى أوجبه الشارع لهذه الذرية هو انتقال الاستحقاق الواجب لأصلها إليها بعد موته ، والمحروم لم يجب له استحقاق يمكن أن ينتقل إليهم . وإذا كان قد حرم من بعض نصيبه وجب أن ينتقل مااستحقه استحقاقاً واجباً إلى ذريته بعد موته ولا يجب لهم شىء فى القدر الذى حرم منه . هذا فيما يختص بالوجوب لهم ، أما جعل الاستحقاق لهم اختياراً فسيأتى القول فيه . وهذا المحروم يتفق فى هذا المعنى مع من لم يجب له استحقاق لعدم توافر شروطه ، ولكنه يختلف فيه مع من بطل استحقاقه لرده أو لرضاه بالحرمان أو لسكوته عن المطالبة بنصيبه فى الأجل المضروب ، فإن هذا لايؤثر فى الاستحقاق الواجب لذريته كما سيجىء إن شاء الله .

وإذا كان المحروم من أهل الصنف الثانى فإنه لا يترتب على حرمانه هو وحده حرمان ذريته ولاعدم الوجوب لهم لما سبق بيانه . وإذا كان الواقف قد حرم ذريته أيضاً حرماناً معتبراً قانوناً كان هذا الحرمان ناشئاً عن عمل الواقف وأمراً مقصوداً لذاته لانتيجة مترتبة على حرمان أصلهم .

١٧١ — (٢) ويترتب على اعتبار المحروم كمن مات فى حياة الواقف بالنسبة لما حرم منه أنه يفرض معدوماً ولايحتسب من بين الورثة حين توزيع الاستحقاق عليهم بنسبة الميراث إذا كان محروماً من كل نصيبه ، أما إذا كان محروماً من

بعضه اعتبر موجوداً بالنسبة لما لم يحرم منه وغير موجود بالنسبة لما حرم منه كما سبق بيان ذلك بإيضاح وتفصيل ، وهو يتفق فى هذا المعنى مع من لم يجب له الاستحقاق لأنه محروم من الإرث ، ويختلف فيه مع من بطل استحقاقه لسبب من الأسباب السابقة لأنه قد وجب له الاستحقاق ولم يحرمه القانون ، ولكنه هو الذى أبطل حق نفسه بالرد أو الرضا بحرمان الواقف له أو السكوت عن المطالبة فلا يتعدى أثر هذا الصنيع إلى ذريته و يبقى حقهم واجباً لهم . ومتى اعتبر هذا الأصل ميتاً انتقل الاستحقاق إليهم كما لو كان مستحقاً ومات طبقاً للمادتين ٣٢ و ٣٤ ويختلف المحروم فى هذا المعنى أيضاً مع من لم يجب له الاستحقاق لأن الواقف وفاه حقه من طريق تصرف آخر بغير عوض فهذا لا يعتبر كالمعدوم ويحتسب مع الورثة ولا يكون نصيبه من حق بقية الورثة ، ولكنه لا يجب لذريته بل يكون ملحقاً بالثلث . والمذكرة التفسيرية قد بينت هذا المعنى والمعنى الأول بوضوح تام . وكذلك يختلف فى هذا مع من لم يجب له الاستحقاق من الورثة الذين لم يحمهم القانون وهم من عدا الوارثين من الذرية والوالدين والأزواج فإنهم يحتسبون مع الورثة ويكون نصيبهم ملحقاً بالثلث .

ونصيب هـذا المحروم على فرض عدمه قد يستفيد منه بقية الورثة ذوى الاستحقاق الواجب جميعهم كما لو كان ورثته أولاده لصلبه فقط وحرم واحد منهم فإن الباقين منهم يشتركون فى الإفادة من نصيبه ، وكذلك لو كان ورثته زوجته وأولاده وحرمت الزوجة . وقد يستفيد منه بعضهم فقط كما لو حرم أحد الأولاد فى الصورة الأخيرة فلا يستفيد منه إلا بقية الأولاد ، أما الزوجة فنصيبها الواجب لها هو ثمن الثلثين فلا تزاد عليه وهو لا يتأثر بحرمان أحد الأولاد ولا بعدم حرمان أحد منهم ، وكما لو كان الورثة أولاده وزوجتاه وحرمت إحـدى الزوجتين فلا يستفيد من نصيبها سوى الزوجة أما الأولاد فقد أخـذوا نصيبهم من الثلثين فلا يزادون عليه إذ هو لا يتأثر بحرمان إحـدى الزوجتين ولا بعدم حرمان واحدة منهم ، وقد يستفيدون جميعاً أو بعضهم من بعضه فقط ، كما لو كان ورثته بنتيه وأخاه الشقيق وحرمت إحدى بنتيه فإن جميع الباقين من أصحاب الاستحقاق الواجب

وهى البنت تستفيد من بعضه فقط أما البعض الآخر وهو ما يصيب الأخ الشقيق فإنه يكون كنصيبه الأصلى لولا الحرمان ويلتحق بالثلث ، وكما لو كان ورثته زوجته وبناته وأخاه الشقيق فحرمت إحدى البنات استفاد من نصيبها بقية البنات دون الزوجة ودون الأخ الشقيق . وقد لا يستفيد الباقون منه شيئاً كما لو كان ورثته بناته الأربع وإبنه فحرم إبنه وكان له أخ شقيق صار غير محجوب بفرض الابن ميتاً فإن البنات لا يستفيدون من نصيبه وما كان يستحقه يكون نصيباً للأخ الشقيق ولكنه لا يستحقه بل يلتحق بالثلث . وكذلك يكون الحال فيما إذا حرم من بعض الاستحقاق . وقد أسلفنا القول فى ذلك مفصلا وضربنا له الأمثال فليرجع إليها من شاء .

أما المحروم من أهل الصنف الثانى فإن نصيبه يكون كنصيب من مات فحسب ولا يظهر لاعتباره ميتاً فى حياة الواقف أى أثر كما سبق .

١٧٢ — (٣) ويترتب على هذا الاعتبار أيضاً أن من كان محجوباً من الورثة يصبح غير محجوب بالنسبة للاستحقاق ويعتبر من بين الورثة فإن كان من ذرية الواقف صار من ذوى الأنصبة الواجبة وإن لم يكن منهم عرف ما يصيبه وألحق بالثلث وقد فصلنا القول فى ذلك من قبل وضربنا له الأمثال . والمحروم يختلف فى هـذا مع من لم يجب له الاستحقاق إذا كان وارثاً ، ومع من بطل استحقاقه للأسباب السابقة ، ويتفق فيه من لم يجب له الاستحقاق لكونه غير وارث .

١٧٣ — (٤) ويترتب على هذا الاعتبار أيضاً أن الواقف يكون مرخصاً له فى أن يجعل لفرع هذا المحروم استحقاقاً فى الوقف بقدر ما كان واجباً لأصله لولا الحرمان أو بقدر ما يكمله ولو تجاوز هـذا الاستحقاق ثلث ماله ، كان له تأثير فى استحقاق أصحاب الأنصبة الواجبة أو لم يكن . فلو أنه وقف ما يزيد على ثلث ماله على نفسه ثم على أولاده وذريته للذكر مثل حظ الأنثيين وقفاً مرتب الطبقات ثم حرم أحد أولاده دون ذريته أو اشترط حرمانه وتحقق شرط

الحرمان قبل موته أو بعده فإن أولاده يستحقون هـذا النصيب طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٥ وللمادة ٢٩ وينتقل إليهم متى جاء وقت استحقاقهم طبقاً للمادتين ٣٢ و ٣٤ . وقد جاء بالمذكرة ما قد يوهم غير ذلك حيث يقول

« أما إذا كان استحقاق المحروم استحقاقاً غير واجب وكان موقوفاً على ذريته من بعده استحقوه بصفتهم موقوفاً عليهم طبقاً لأحكام المادة ٣٤ ، وكذلك ينتقل إليهم الاستحقاق الواجب لأصلهم إذا كان الواقف قد جعله له ثم لهم من بعده وحرم منه ولم يكن هناك وارث من أصحاب الأنصبة الواجبة لأنهم موقوف عليهم ولم يوجد من يجب له نصيب أصلهم .

وإذا لم يكن الواقف قد وقف ذلك عليهم وعلى أصلهم فإنهم لا يدخلون في الوقف طبقاً للمادة ٣٠ لأن أصلهم لم يجب له شيء يجب أن ينتقل إليهم ، والواقف لم يقف عليهم حتى يثبت لهم ذلك من طريق شرط الواقف بعد اعتبار أصلهم في حكم الميت » .

فتقييد الاستحقاق بعدم وجود وارث من أصحاب الأنصبة الواجبة يفهم منه أنهم لا يستحقونه إذا وجد ذلك الوارث ، وإن لم يكن نصاً قاطعاً في ذلك . غير أن لجنة الشئون التشريعية قد دفعت هذا الإيهام وأبرزت المعنى الذي قررناه واضحاً في تقريرها ، وتقارير المجالس النيابية تعتبر متممة للمذكرات التفسيرية ومعدلة لها ، وقد جاء في هذا التقرير عن المادة ٢٥

« كانت هذه المادة مثار جدل . فاعترض فريق على اعتبار المحروم في حكم من مات في حياة الواقف ، وطلب ألا يؤثر هذا الحرمان على ذرية المحروم لأنه لا ذنب لهم . وقد يكون منهم المعوز أو من يتلقى العلم في مراحله الأخيرة . ورأت الأغلبية تأييد النص المعروض لأن القاتل لا يرث وبالتالي يحرم أولاده لأنهم يحلون محل أبيهم ويتلقون الإرث عنه فالنص إذن لا يغير مركزهم (١) ، فضلا عن أن نصوص المشروع تجيز لهم (٢) الحصول على جزء من الوقف إذا كان هذا لا يؤثر على نصيب الآخرين طبقاً للمادتين ٢٤ و ٢٩ . . . . »

وقد عرض هذا التقرير على المجلس فأقر ما يتعلق بهذه المادة فيما أقره منه ، وأقر هذه المادة ، ولجنة العدل ومجلس الشيوخ لم يحدثا شيئاً بشأن هـذا التفسير وأقرا المادة كما هي . والحكومة لم تعترض على هذا التفسير الذي كان نتيجة للإيضاحات التي أدليت بها كمندوب عنها أمام لجنة الشئون التشريعية ، فاتضح من هذا أن ما قد يفهم من المذكرة التفسيرية ليس مراداً لأحد من أعضاء السلطة التشريعية

---

(١) ذكر القاتل من أمثلة المحروم الذي تحرم ذريته لحرمانه غير صحيح لأن هذا لا يكون إلا من أهل الصنف الأول فلا يكون القاتل من المحرومين بل ممن لم يجب لهم استحقاق لعدم الإرث.

(٢) أي ذرية المحروم .

وأن المراد هو ما جاء بالتقرير المذكور فيكون الواقف مرخصاً له فى ذلك فى حدود المادة ٢٩

والمحروم يختلف فى هذا المعنى مع من لم يجب له استحقاق وإن كان محروماً من الإرث ، ومع من بطل استحقاقه ، فإن أحداً منهم لا يسمى محروماً فى نظر هذا القانون ، ونص الفقرة الثانية من هذه المادة لا يتناول أحداً منهم ، فالشارع لا يعتبر أحداً منهم فى حكم من مات قبل الواقف ، فلا تكون ذريته ممن رخص القانون للواقف فى إعطائها القدر الوارد بالمادة ٢٩ ، نعم إذا كان ما جعله لهم لا يتجاوز ثلث ماله وما ألحق به فإنهم يستحقونه لأن للواقف فى ذلك حرية كاملة فله أن يضعه حيث يشاء .

١٧٤ — والحرمان يثبت من الوقت الذى يتحقق فيه سببه وليس له أثر رجعى واعتبار المحروم كمن مات فى حياة الواقف لمعرفة مقادير الأنصبة بعد الحرمان لا يقتضى أن يكون له هذا الأثر ، فإذا استحق وارث الواقف ثم طرأ عليه الحرمان كان هذا من باب الحرمان من بعض النصيب ويعتبر موجوداً مدة استحقاقه ويعتبر ميتاً فيما بعد ذلك ويعتبر ميتاً بالنسبة لما حرم منه فى حياة الواقف ويصحح الاستحقاق من وقت حرمانه على هذا الأساس ولا يرجع عليه أحد من المستحقين لنصيبه بعد الحرمان بشىء مما أخذه وقت استحقاقه .

م — عودة الاستحقاق للمحروم

١٧٥ — نص الشارع فى الفقرة الثالثة من هذه المادة على عودة الاستحقاق الواجب للمحروم إذا زال سبب الحرمان . ومتى عاد الاستحقاق الواجب وزال الحرمان بزوال سببه زالت تبعاً لذلك كل الآثار التى كانت قد تترتب على هذا الحرمان فيصحح الاستحقاق باعتباره موجوداً وينتزع نصيبه ممن آل إليه وجوباً أو اختياراً ويحجب الوارث الذى اعتبر وارثاً بالنسبة للاستحقاق نظراً لاعتبار المحروم ميتاً فى حياة الواقف . وعودة الحق إلى المحروم ، وهو الاستحقاق الواجب ،

تكون من وقت زوال سبب الحرمان وليس لها أثر رجعى ، فليس له أن يطالب بشىء من استحقاقه فى المدة التى كان محروماً فيها .

۱۷٦ – وعودة الاستحقاق إلى المحروم إنما تكون حيث يكون الوقف قائماً بأن كان وقفاً مؤبداً وذلك فى الأوقاف التى كان واقفوها أحياء عند العمل بهذا القانون وكان لهم حق الرجوع عنها ، أو كان الوقف مؤقتاً بمدة معينة ولم تنته قبل زوال الاستحقاق ، وكذلك إذا كان مؤقتاً بالطبقات ، كان المحروم من الطبقة التى ينتهى بها الوقف أو من غيرها ، و إذا كان المحروم من هذه الطبقة وكان سبب حرمانه مما لا يحتمل الزوال فإن الوقف ينتهى فى حصته قطعاً طبقاً لأحكام انتهاء الوقف المؤقت لأن حرمانه مؤكد لا يرتفع فتكون حصته قد انقرض مستحقوها . أما إذا كان سبب الحرمان مما يحتمل الزوال فإنه لا ينتهى ، فإن الحكم هنا بعودة الاستحقاق إذا زال سبب الحرمان يقتضى بقاء الوقف مادام السبب يحتمل الزوال ولا يمكن القول بأن المستحق قد انقرض بالحرمان إذا لم يكن هذا الحرمان قطعيا باتاً ، وهو فى حالة الحرمان الذى يحتمل الزوال أشبه شىء بالمستحق المفقود فإنه إذا كان من الطبقة الأخيرة لاينتهى فى حصته بمجرد فقده واحتمال موته ، ولا ينتهى إلا بالحكم بموته ، فكذلك يكون الحكم هنا فلا ينتهى الوقف بمجرد حرمانه و إنما ينتهى بعد أن يصبح الحرمان باتاً .

وحكم هذه الفقرة يتناول المحروم من أهل الصنفين .

۱۷۷ – وأسباب الحرمان منها مايحتمل الزوال ومنها مالا يحتمله . فسبب الحرمان الوارد فى المادتين ۲۸ و ۲۹ هو إرادة الواقف وحدها ، وهى مما يحتمل الزوال مادام الواقف حيا ، إذ لامانع يمنعه من العدول عما صنع ومن التغيير فى مصارف وقفه وشروطه فيما يتعلق بهذا الاستحقاق ، فإذا غير وأعاد لذريات الوارثين من الأزواج والوالدين استحقاقها الواجب فقد زال سبب الحرمان ، أما إذا مات ولم يغير فقد أصبح سبب الحرمان مما لا يحتمل الزوال .

وسبب حرمان أهل الصنف الثانى من الاستحقاق الوارد فى المادة ٢٦ ، وهو القتل ، سبب لا يحتمل الزوال لا هو ولا آثاره .

أما الأسباب الواردة فى المادة ٢٧ فهى إما أن تكون إرادة الواقف المبنية على الأسباب التى يعتد بها فى هذه المادة ، وذلك يكون فى حالة الحرمان الناجز، وهذا الحرمان حرمان جائز وقد عرفت أن إرادة الواقف مما يحتمل الزوال مادام حيا فله أن يعدل عن الحرمان و يعيد الاستحقاق الواجب لمستحقه ، فإذا مات ولم يفعل ذلك وبقى السبب الذى خوله هذا الحق قائما فقد أصبح سبب الحرمان مما لايحتمل الزوال من جهة الواقف . و إذا لم يغير الواقف إرادته ولكن السبب الذى خوله الحق فى هذا الحرمان كان قد زال فى حياته أو بعد موته فإن الحرمان يزول بزوال هذا السبب ويعود للمحروم استحقاقه الواجب ولا عبرة بإرادة الواقف المجردة عن السبب الذى استندت إليه فى حرمانه . و إما أن يكون شرط الواقف المبنى على الأسباب المسوغة له فى نظر القانون و إخلال صاحب الاستحقاق الواجب بهذا الشرط . واشتراط الواقف ممايحتمل الزوال فله أن يلغى هذا الشرط مادام حيا قبل الإخلال به أو بعـده و بالغائه يزول سبب الحرمان ويعود للمحروم استحقاقه . و إذا لم يلغ الواقف هذا الشرط وأخل به صاحب الاستحقاق الواجب وحرم ومات الواقف وكان قد جاء فى شرطه حرمان المستحق وعدم عودة الاستحقاق إليه إذا أخل بالشرط و إن عدل عن ذلك وأقر هذا الشرط من المحكمة كان سبب الحرمان فى هذه الحال مما لا يحتمل الزوال . و إذا كان قد شرط عليه الامتناع عن أمر معين كالتردد على بيوت الفحش أو عن المقامرة أو استدامة معاشرة امرأة معينة فإن لم يمتنع كان محروما ومتى امتنع عاد إليه استحقاقه فالأمر واضح ، و إذا لم يعرض فى شرطه هذا لا لتأبيد الحرمان ، ولا لعودة الاستحقاق إليه إذا كف ، وكان قد أخل بالشرط فحرم ثم كف عن التردد على تلك البيوت أو عن المقامرة أو معاشرة تلك المرأة عاد إليه الاستحقاق الواجب لأن سبب الحرمان نفسه قد زال. بقى مالو اشترط عليه ألا يتزوج بأجنبية غير مسلمة مثلا وأنه إذا تزوج مثل هذا الزواج كان محروما

من استحقاقه، ولم يقل فى شرطه شيئاً عن تأبيد الحرمان أو عودة الاستحقاق، فهل إذا طلق هذه الزوجة طلاقاً تزول به العصمة لا يعود إليه استحقاقه ويقال إن سبب الحرمان هو مجرد التزوج بهذه المرأة لا استدامة زواجها وقد وقع التزوج وتقرر والطلاق لا يرفعه وبذلك يكون سبب الحرمان مما لا يمكن زواله. أو يعود إليه الاستحقاق نظراً لزوال أثر المخالفة؟. الشارع يريد المعنى الثانى ويعتبر زوال أثر الفعل كزوال الفعل نفسه وزوالا لسبب الحرمان. يرشد إلى هذا ما جاء فى المذكرة التفسيرية عن مثل هذه الفقرة وهى الفقرة الثانية من المادة ٣٤ فهى تقول:

«وإذا كان الحرمان لسبب يمكن زواله فزال هذا السبب عاد للمحروم نصيبه كما كان وإن لم ينص الواقف على عودة النصيب له إذا زال سبب الحرمان، وقد أخذ هذا من مذهب الشافعية فإذا شرط حرمان من ركبه دين فاستدان بعض الموقوف عليهم لغير مصلحة ذات شأن وصار محروماً ثم أدى دينه بعد ذلك عاد إليه الاستحقاق من وقت زوال سبب الحرمان وإن لم يشرط الواقف عودته»

فسبب الحرمان بحسب الشرط هو ركوب الدين وهو أمر قد وقع وتحقق ولا يمكن أن يرتفع وأداء الدين ليس إلا إزالة لأثر هذا الفعل لا إزالة للفعل نفسه. ومأخذ هذا الحكم من مذهب الشافعية هو ما أفتى به الماوردى والسمهودى والشرف المناوى من أنه إذا وقف على زوجته أو أم ولده مالم يتزوج، أو على بنته الأرملة، فمن تزوجت منهن بطل استحقاقها، فإذا عادت عزبا عاد لها استحقاقها[1]. فكل هذا دليل على أن زوال أثر السبب كزواله نفسه يعود به الاستحقاق.

وأحكام المادة ٢٥ كأحكام المادة ٢٤ فى السريان فتطبق هذه فيما تطبق فيه تلك ولا تطبق إحداهما فى الأوقاف التى لا تطبق فيها الأخرى.

***

(د) الأحوال التى يصح فيها الحرمان:

(١) القتل:

مادة ٢٦ — يحرم المستحق من استحقاقه فى الوقف إذا قتل الواقف قتلا يمنع من الإرث قانونا.

(١) المذكرة الثالثة عشرة من مذكرات اللجنة التحضيرية (ص٦)

١٧٨ — قتل المستحق للواقف قتلا يمنع القاتل من الإرث إذا كان المقتول مورثه يوجب حرمان القاتل من الاستحقاق فى الوقف .

وليس المراد من المستحق الموقوف عليه الذى آل إليه الاستحقاق وأصبح متناولا بالفعل فحسب ، كما هو الاصطلاح الفقهى ، بل المراد منه صاحب الحق فى الوقف سواء أكان هذا الحق قد ثبت له بعمل الواقف أم بحكم القانون وإن لم يكن الواقف قد وقف عليه ، وسواء آل إليه الاستحقاق بالفعل أم لم يكن قد آل إليه ، فهو شامل للموقوف عليه سواء أكان من أصحاب الأنصبة الواجبة أم لم يكن منهم ، آل إليه الاستحقاق بالفعل أو لم يؤل ، وشامل لغير الموقوف عليه إذا كان من أصحاب الأنصبة الواجبة ووجب له الاستحقاق ، والمحروم للقتل من الاستحقاق الواجب لا يكون إلا من أهل الصنف الثانى ، أما إذا كان القاتل من أهل الصنف الأول ولم يكن موقوفاً عليه فإنه يكون محروماً من الإرث ، فلم يتحقق فيه شرط وجوب الاستحقاق وهو الوراثة ، فلم يجب له استحقاق ، والواقف لم يقف عليه ، فلا يمكن أن تتناوله كلمة مستحق الواردة بهذه المادة ، إذ لا حق له بصنيع الواقف ولا بحكم القانون ، كما أنه لا يصح أن يصفه القانون بالحرمان ، فإن الحرمان لا يكون إلا بعد تحقق الوجوب .

والقتل الموجب للحرمان من الاستحقاق الواجب والاستحقاق الاختيارى هو قتل صاحب الحق للواقف ، أما قتل غير الواقف فإنه لا يوجب الحرمان من الاستحقاق وإن كان المقتول أصله أو غيره ممن يحجبه عن الاستحقاق أو يشاركه فيه وأن ثبت أن الباعث على القتل لم يكن إلا الرغبة فى التخلص منه ليؤول إليه الاستحقاق أو ليستقل به . وقد بدت فى مجلس الشيوخ رغبة قوية نحو حرمان مثل هذا القاتل من الاستحقاق عملا بالقاعدة المعروفة « من تعجل الشىء قبل أوانه عوقب بحرمانه » ولكن الشرعيين أعوزهم السند الفقهى السليم ورأوا أن هذه القاعدة لا يمكن الاعتماد عليها فليست إلا كلاماً لبعض المتأخرين انتزعه من بعض التعليلات ، ولم يقررها على هذا الوضع أحد

من أئمة المذاهب . ولهذا لم يتقرر هذا الحكم و بقى النص قاصراً على قتل الواقف .

وقتل المستحق للواقف يوجب حرمانه من الاستحقاق الثابت له ، أىّ استحقاق كان ، واجباً أو اختيارياً ، ومهما كان سبب القتل ، و إن كان لا صلة له بالوقف والاستحقاق فيه .

والقتل الموجب للحرمان من الاستحقاق هو القتل الذى يقتضى حرمان القاتل من الإرث إذا فرض أن المقتول مورثه فى نظر قانون المواريث الذى يكون معمولا به حين صدور القتل فليس المرجع فى معرفة القتل المانع من الإرث هو مذهب الحنفية . وقانون الإرث القائم الآن هو القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ وقد بينت المادة الخامسة منه القتل الذى يمنع من الإرث(١) . وتفصيل القول فى ذلك محله شرح قانون المواريث فلا داعى للاطالة به هنا .

وحرمان قاتل الواقف من الاستحقاق حرمان واجب ، وهو حكم قانونى لا دخل فيه لإرادة الواقف ولا لإرادة ولىّ دمه ، فهو حرمان واقع حتما و إن رضى المقتول ببقاء الاستحقاق للقاتل أو كان وقفه عليه بعد الجرح القاتل وعلمه بأنه هو قاتله ، وكذلك يقع الحرمان حتما و إن عفا أولياء الدم ورضوا بأن يبقى القاتل مستحقاً .

١٧٩ — وأحكام هذه المادة تطبق على جميع الأوقاف السابقة على العمل بهذا القانون والأوقاف اللاحقة له ، حتى الأوقاف الواردة بالمادة ٦١ فإن هذه المادة ليست من بين المواد المستثناة فى تلك . ولكن أحكام هذه المادة لا تطبق على الحوادث السابقة فقد نص فى الفقرة الرابعة من المادة ٥٧ على أنه لا تطبق أحكام المادة ٢٦ إذا وقع القتل قبل العمل بهذا القانون . والسر فى هذا الاستثناء ، مع أننا سنرى أن مأخذ هذا الحكم هو مذهب أبى حنيفة وهو التشريع الذى كان

(١) نص هذه المادة هو :

مادة ٥ — من موانع الإرث قتل المورث عمداً سواء أكان القاتل فاعلا أصلياً أم شريكا أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه ، إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلا بالغاً من العمر خمس عشرة سنة . ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى .

متبعاً قبل صدور هذا القانون ، أن هذا الحكم لم ينص عليه فى المذهب صراحة وإنما استنبط مما قرره الحنفية فى الوصية وفى الوقف ولا يعرف أن القضاء الشرعى جرى على حرمان من يقتل الواقف من غلة وقفه فرؤى أن يترك ذلك لما كان الحال عليه من قبل ، حتى إذا عرض شىء من الحوادث السابقة على القضاء ورأى أن الحكم الوارد بهذه المادة يتفق مع ما يجب القضاء به طبقاً للمادة ٢٨٠ من لائحة المحاكم الشرعيـة قضى به وإن رأى غير ذلك اتبعه ولم يرد الشارع بهذا الاستثناء أن يحتم العمل بهذا الحكم فى الحوادث اللاحقة وحدها ، تعلقت بالأوقاف السابقة أو تعلقت بالأوقاف اللاحقة ، وأن ينص على أن القاتل لا يحرم من الاستحقاق فى الحوادث السابقة .

٢ — الحرمان لأسباب ترجع إلى صاحب الحق

مادة ٢٧ — للواقف أن يحرم صاحب الاستحقاق الواجب من كل أو بعض مايجب له وأن يشترط فى وقفه مايقتضى ذلك متى كانت لديه أسباب قوية ترى محكمة التصرفات بعد تحقيقها أنها كافية لما ذكر

وللزوجة أن تحرم زوجها من وقفها أو تشترط حرمانه منه إذا تزوج بغيرها وهى فى عصمته أو إذا طلقها

* * *

١٨٠ — أحكام هـذه المادة تفصيل للاستثناءين الثانى والثالث من الاستثناءات التى أشار إليها آخر الفقرة الأولى من المـادة ٢٥ المستثناة من قاعدة بطلان الحرمان من الاستحقاق الواجب التى يقررها صدر تلك الفقرة . وفى الفقرة الثانية منها أيضاً استثناء من أحكام المـادة ٢٢ . والحرمان الوارد بالفقرة الأولى من هذه المـادة كله خاص بالاستحقاق الواجب وهو الذى يحتاج إلى تقرير هذه الأحكام أما الاستحقاق الاختيارى فليس فى الأعم الأغلب محتاجاً إلى ذلك

وللواقف فيه كامل الحرية يعطى من يشاء ويمنع من يشاء بدون قيد ولا شرط ، حين إنشاء وقفه أو حين التغيير فيه ، كما تقضى بذلك أحكام المادتين ١١ و ١٢ وما احتاج منه إلى شيء من الاستثناء ورد فى الفقرة الثانية . وجميع أنواع الحرمان الواردة بهذه المادة جوازية وليست كالحرمان الوارد بالمادة ٢٦ ، والواقف لم يجز له الشارع شيئاً من الحرمان الوارد بهذه المادة إلا إذا كانت هناك أسباب تبرره . والأسباب الواردة بهذه المادة نوعان ، أسباب عامة غير معينة بذاتها ، وأخرى خاصة معينة رأى الشارع كفايتها فى الحرمان وأنها لا تحتاج إلى بحث أو تحقيق .

١٨١ — الأسباب العامة

رخص الشارع للواقف فى الحرمان من الاستحقاق الواجب كله أو بعضه حرماناً ناجزاً ، أو معلقاً على شرط متى كانت لديه أسباب قوية ترى محكمة التصرفات بعد تحقيقها أنها كافية لهذا الحرمان . فالحرمان هنا جوازى ويعتمد على ثلاثة عناصر ، إرادة الواقف ، ووجود سبب أو أسباب قوية تبرره ، وقيام محكمة التصرفات بتحقيق ذلك وتبين كفايته .

أما إرادة الواقف فهى عنصر قوى وهى بداية هذه العناصر ، فإذا كانت هناك أسباب قوية تكفى لهذا الحرمان ولكن الواقف لم يشأ أن يستعمل حقه فى الحرمان بقى حق صاحب الاستحقاق واجباً له وليس لأحد غير الواقف أن يطالب بحرمانه منه اعتماداً على هذه الأسباب ، فلو أن الواقف وقف وقفه وأعطى فيه كل ذى حق واجب حقه وكان من بين ورثته ابن له ذو يسار فائق وكان باقى إخوته فى كفاف أو كانت له بنت تسلك سلوكا مشيناً يبرر حرمانها فليس للآخرين أن يطلبوا الحكم بحرمان واحد من هذين استناداً إلى هذه الأسباب ، وذلك لأن الواقف لم يستعمل حقه ولم يحرم أحداً فليس لغيره أن يستند إلى هذه الأسباب وإن كان ضررها يعود إليه كما يعود إلى الواقف نفسه . وكما أن إرادة الواقف أساس للحرمان ابتداء يكون استمرارها أساساً لاستمرار هذا الحرمان ، فلو أن الواقف استعمل هذا الحق وحرم من كانت لديه أسباب تكفى لحرمانه لم يكن هذا الحرمان لازماً بالنسبة له ، ومن

حقه أن يعدل عنه ويجعل للمحروم كل ما كان واجباً له أو بعضه وإن كانت الأسباب التى اعتمد عليها فى الحرمان لا تزال قائمة، وليس لبقية أصحاب الاستحقاق الواجب الاعتراض على عمله محتجين بأن الأسباب التى اقتضت الحرمان لم تزل وأن نصيب المحروم صار حقاً واجباً له فلا يملك الواقف حرمانهم منه. ليس لهم الحق فى هذا الاعتراض لأن سبب الحرمان هنا مكون من عنصرين أساسيين هما إرادة الواقف، والسبب المبرر للحرمان، ومتى زال أحد العنصرين فقد زال سبب الحرمان لأن العنصر الباقى لا يكفى وحده لأن يكون سبباً للحرمان، ومتى زال سبب الحرمان فقد انتفى المانع والمقتضى موجود، فيعود لصاحب الاستحقاق الواجب حقه طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة ٢٥، ومتى عاد إليه حقه أصبح إذ ذاك غير مستحق لمن سبق أن وجب لهم وقت الحرمان، فبطل قولهم أنه صار حقاً واجباً لهم لا يملك الواقف حرمانهم منه ومتى غير الواقف فى وقفه وأعاد للمحروم حقه أو بعضه صار ما أعاده له حقاً واجباً له لوجود المقتضى وزوال المانع ولا يعتبر ما أعاده اليه استحقاقاً اختيارياً ويعتبر هو من أصحاب الاستحقاق الواجب، ويظهر أثر هذا المعنى واضحاً فى أحوال عديدة. ومن كل هذا يتضح أن إرادة الواقف هنا أساس فى الابتداء وفى البقاء وأن هذا الحرمان جائز غير لازم.

١٨٢ — أما الأسباب فهى العنصر الأقوى وهى لب هذا الحكم وأساس ثبوت الحق فى الحرمان. فإذا أراد الواقف حرمان أحد من استحقاقه الواجب ولم تكن لديه أسباب تبرر ذلك، بأن لم تكن لديه أسباب أصلا أو كانت لديه أسباب ولكنها غير كافية لما يريد، لا يقبل منه ذلك لأنه لا حق له فيه، وإذا وقع منه كان حرماناً باطلا وبقى لصاحب الحق حقه. أما إذا كان لديه شىء من هذه الأسباب فإن هذا الحق يكون ثابتا وله أن يستعمله متى شاء ومتى استعمله نفذ تصرفه.

ونظراً لأن ما يندرج تحت الأسباب القوية كثير لا يكاد يحصى أكتفى

الشارع بإيراد القاعدة العامة فى متن هذا القانون وعمد إلى الإرشاد والتوجيه فى المذكرة التفسيرية فذكر حكمة التشريع وأشار فيها إلى حماية الوطن والأخلاق الفاضلة والأسرة وكرامتها وفى هذا أكبر العون على فهم ما يقصده الشارع من قوة الأسباب ، ثم ضرب مثلاً أولئك الذين يذهبون إلى البلاد الأجنبية فيتزوجون بالأجنبيات اللائى يخالفنهم فى الدين ، والبنتَ تتزوج بخادم أبيها ، والولدَ يعق والديه ، والشخصَ يحاول اغتيال الواقف ، فزاد بذلك المقصود إيضاحا .

والأمثلة التى وردت بهذه المذكرة كلها متجهة إلى الناحية الأدبية وقد اقتصر عليها لأن القصد تبرير هذا التشريع ، والأمور الأدبية أبلغ أثراً فى النفس وأقرب إلى الإقناع ، وليس الغرض من هذا الاقتصار هو الإشارة إلى أن المراد من هذه الأسباب الأسباب الأدبية وحدها ، بل المراد جميع الأسباب القوية الكافية ، أدبية كانت أو مادية . ولجنة العدل بمجلس الشيوخ حذرت عاقبة الاقتصار ، وخشيت اللبس ، وأرادت الاحتياط ، فذكرت فى أول التفسيرات التى اشتمل عليها تقريرها وأرادت إبرازها ، أن المراد من حكم المادة ٢٧ ليس مقصوراً على مراعاة الناحية الأدبية حين تقدير الأسباب التى تراها محكمة التصرفات موجبة لحرمان صاحب الاستحقاق الواجب ، بل يشمل أيضاً الناحية المادية التى تكون قد ألجأت الواقف إلى هذا الحرمان ، كليا كان أو جزئياً ، كأن كان المحروم فى غنى عن حقه فى الوقف كله أو بعضه بسبب حالته المالية ووجود من هم أحوج منه فى المستحقين .

١٨٣ — ولم يترك الشارع أمر هذا الحرمان لما يزعمه الواقف من وجود شىء من الأسباب المبيحة للحرمان ، ولا لما يذهب إليه هو من تقدير كفايتها لما يريده ، بل أوجب تدخل محكمة التصرفات فى ذلك حين سماع الأشهاد الذى يريد الواقف أن يكون مشتملا على هذا النوع من الحرمان أو على اشتراط ما يقتضيه ، وأوجب عليها فى المادة الرابعة دعوة من يراد حرمانه لسماع أقواله ، وأوجب عليها هنا أن تقوم بتحقيق ما يبديه من الأسباب لتتحقق من صحة ما يبديه وعلى أى

وضع كان وقوعه ، فلا بد من تحقيق ذلك تحقيقاً كافياً وأن يبحث ما يحيط به من الظروف والملابسات بحثاً وافياً . وقد ترك للمحكمة تقدير ما ينتجه البحث والتحقيق والنظر فى كفايته لما يريده الواقف ، وأرشدها فى المذكرة التفسيرية إلى أن تراعى فى تقديرها أحكام الشريعة الإسلامية ، والمصلحة العامة ، والعرف والآداب والتقاليد ، وأن تراعى بوجه خاص تقاليد أسرة الواقف وآدابها ، ثم تفصل على ضوء كل هذا فيما إذا كان ذلك كافياً لما يريده الواقف أولا ، فإن كان كافياً أقرّت صنيعه وإلا امتنعت عن سماع الأشهاد حتى يأخذ وضعه الصحيح . فلو أنه أراد الوقف وحرمان زوجته مما يجب لها من الاستحقاق لأنها دست له السم وحاولت اغتياله ، أو لأنها تسير سيرة معيبة مفضوحة ، ومن البحث والتحقيق ثبت ما يقول ، كما تبينت المحكمة أنه هو نفسه مستقيم وأن لديه أسباباً خاصة دعت إلى إمساك هذه الزوجة وعدم التخلص منها بالطلاق ، أجابته إلى ما يريد . أما إذا لم يستطع إثبات ما زعمه ، أو أثبته ولكن ظهر فى الحالة الثانية أن سيرته ليست خيراً من سيرتها وربما كان هو الذى دفعها بأعماله إلى هذه السبيل ، أو تبين أن ليس لديه ما يبرر إمساكها وعدم التخلص منها ، فإنها لا تجيبه إلى ذلك إما لعدم ثبوت ما زعمه ، وإما لتبين أن الباعث على الحرمان ليس حماية الأخلاق الفاضلة التى كانت ضحية لهما معاً ، أو لأنه لا يوجد ما يدعو إلى إمساكه لها مع هذه الحال ، فلا يكون هناك سبب قوى كاف لحرمانها مع إمساكها ، ولو كان جاداً لطلقها وأنهى علاقته بها وانتهى الأمر . ولو كان له أولاد كبار أتموا تعليمهم وكان لهم من وسائل العيش ما يكفيهم وتزوج الإناث منهم وله أولاد آخرون لم يتموا تعليمهم ولم يعرفوا بعد سبيلهم فى الحياة ولم يتزوج إناثهم ولا يزالون جميعاً فى كنفه وأراد حرمان الفريق الأول وإيثار الفريق الثانى بوقف كل ماله تعويضاً منه وعدلا ، وظهر صدق ما يقول وأنه هو الذى ربى الفريق الأول حتى سلكوا سبيلهم فى الحياة ، وأنه لا ينتظر أن يعيش حتى يقوم للآخرين بما قام به للأولين ، أجابته المحكمة لما أراد ، أما إذا تبين أن الذى بلغ بالأولين ما هم عليه غيره

كالأم أو أقاربها أو الأموال التى ورثوها عنها ، أو تبين من حاله أن من المنتظر أن ينال الآخرين منه مثل مانال الأولين فلا تستجيب المحكمة لما يريد . والأمثلة كثيرة والتفريعات واسعة ، لهذا نجتزىء منها بما أوردناه .

ومن الواضح أن التحقيق إنما يجب حيث يكون الأمر فى حاجة إليه ، أما إذا لم تكن إليه حاجة فإنه لايكون واجباً ، والحرمان الناجز لايكاد يستغنى عن التحقيق ، أما اشتراط مايقتضى الحرمان فمنه مايحتاج إلى البحث والتحقيق ومنه مالا يحتاج إلى ذلك ، فاشتراطه حرمان إحدى بناته إذا تزوجت من معين أو فى أسرة معينة أو بلد معين يحتاج إلى التحقيق ، واشتراط الواقف المسلم حرمان من يرتد عن الإسلام من أولاده وذريته ، واشتراط الواقف حرمان من يسير منهم سيرة فاحشة تتعير بها أسرته لا يحتاج واحد منهما إلى تحقيق ويقبل منه اشتراط ذلك بدون توقف على دعوة أحد لسماع أقواله ، إذ لا يوجد معين يستدعى ، ولا تَوَقُّفٍ على تحقيق ، لأن الأمر لايتطلب أكثر من تقدير المحكمة لما يشترطه .

والتحقيق الذى تختص به محكمة التصرفات هو التحقيق الذى يجب إجراؤه حين سماع الإشهاد ، أما ماعدا ذلك فلا شأن لها به ولا تختص بإجرائه . فالأوقاف التى صدرت قبل القانون مشتملة على هذا الحرمان وأصر واقفوها بعد صدوره على استبقائها على ما هى عليه لاتختص محكمة التصرفات بتحقيق أسباب هذا الحرمان إن كانت ولا يعرض شىء من ذلك عليها ، ولكن للمحروم أن يطالب بحقه حينما يجىء وقت المطالبة به طبقاً للمادة ٣٠ أمام المحكمة القضائية ولخصمه أن يبدى الأسباب التى تبرر حرمانه فإذا أثبت صحتها وكانت كافية لذلك رفضت الدعوى وإذا لم يثبت أو لم تكن كافية للحرمان فى نظر المحكمة القضائية قضت له وكذلك يكون الحال فيمن وقف بعد القانون ولم يكن له حين الوقف أحد من أصحاب الاستحقاق الواجب ثم تزوج وولد له ولكنه أصر على استبقاء وقفه على حاله ولم يدخل الزوجة والأولاد فيه بقدر ما يجب لكل منهم . وإذا كان الإشهاد قد سمع مشتملا على اشتراط حرمان صاحب النصيب الواجب إذا أتى شيئاً معيناً وارتضت

محكمة التصرفات هذا الاشتراط بعد التحقيق إن كان محتاجاً إليه ثم آل الأمر إلى النزاع فى تحقق هذا الشرط أو عدم تحققه فإن نظر هذا الموضـوع وتحقيقه يكون من اختصاص المحكمة القضائية لا محكمة التصرفات .

و إذا قامت محكمة التصرفات حين سماع الأشهاد بتحقيق مالدى الواقف من الأسباب التى تدعو إلى الحرمان أو إلى اشتراط ما يقتضيه ، ورأت أن ما أبداه كاف لذلك وسمعت منه الأشهاد على الوجه الذى يريد كان لفصلها فى ذلك قوة الشىء المحكوم فيه و يعتبر أن المحروم قد حرم بحق فليس له أن يعود بعد ذلك إلى إثارة هذا الموضوع مرة أخرى أمام القضاء ، ولكن ذلك لا يمنعه بداهة من المطالبة بالاستحقاق لزوال سبب الحرمان أو لأن شرط الحرمان لم يتحقق .

١٨٤ — الأسباب الخاصة :

هى الأسباب التى حددها الشارع فى الفقرة الثانية من هذه المادة وذكرها بعينها لأنه يراها فى ذاتها كافية للحرمان ولا تحتاج إلى بحث ولا تحقيق ، وهى تزوج زوج الواقفة عليها ، وتطليقه لها .

والحرمان لهذين السببين أو لأحدهما حرمان جائز وغير لازم لما بيناه من قبل فى الأسباب العامة ، فللواقفة أن تستعمل هذه الرخصة ولها ألا تستعملها ، ولها إذا استعملتها أن تعدل عما صنعت وأن تعيد إليه حقه ولها ألا تعدل . والحرمان لهذين السببين فى ظاهر النص لا يكون إلا من كل الاستحقاق حيث عبر بقوله « من وقفها » ولم يقل « أو من بعضه » كما صنـع فى الفقرة الأولى ، ولكن متى راعينا أن هـذا الحق رخصة جائزة ونتيجة استعماله غـير لازمة وأن من يملك الكل يملك البعض بأولى وأنه لا يظهر وجه للترخيص لها فى الحرمان من الكل دون الحرمان من البعض عرفنا أن هـذا المعنى غير مقصود للشـارع ، وأن المراد حرمانه من الاستحقاق فى وقفها أى من جنس هذا الاستحقاق الصادق بالكل و بالبعض ، فيكون لها الحق فى حرمانه من كل الاستحقاق أو من بعضه

كما تشاء، والحرمان هنا شامل للحرمان من الاستحقاق الواجب ومن الاستحقاق الاختيارى فهو استثناء من قاعدة المادة ٢٥ بالنسبة للاستحقاق الواجب، واستثناء من أحكام المادة ٢٢ بالنسبة لاشتراط الحرمان من الاستحقاق بسبب الزواج عليها وهو شرط مقيد لحرية الموقوف عليه فى الزواج، أما الحرمان الناجز من الاستحقاق الاختيارى لهذين السببين، والحرمان من الاستحقاق الاختيارى إذا كان معلقاً على تطليقه لها فلا استثناء فيهما وهما مما تقرره النصوص الأخرى. والحرمان هنا قد يكون ناجزاً وقد يكون معلقاً على حصول الطلاق والزواج أو حصول أحدهما، وذلك كله قد يكون ابتداءاً حين إنشاء الوقف، وقد يكون من طريق التغيير.

١٨٥ — وقد رخص الشارع للمرأة أن تحرم زوجها إذا تزوج بغيرها، سواء أكان الزواج قبل الوقف أم كان بعده، كما رخص لها فى أن تشترط فى وقفها حرمانه من الاستحقاق فيه، أىّ استحقاق كان، إذا تزوج بغيرها. ولكن هذا مشروط بأن يحصل الزواج بغيرها وهى فى عصمته. والعصمة هى عقد الزواج[1]. فلا يصح حرمانه بسبب الزواج بغيرها إلا إذا حصل هذا الزواج حال قيام عقد زواجه بها، وذلك يكون حال قيام الزوجية أوفى عدة الطلاق الرجعى، أما الطلاق البائن بنوعيه ومنه الطلاق الرجعى بعد انقضاء العدة فإن عقد الزواج ينحل به فتزول به العصمة. فإذا تزوج بها وكان متزوجاً بغيرها من قبل لا يثبت لها هذا الحق لأنه لم يتزوج بغيرها وهى فى عصمته. وإذا طلقها رجعياً وتزوج بغيرها أثناء عدتها ثبت لها هذا الحق لأنها لا تزال فى عصمته حين الزواج بغيرها. وإذا طلقها رجعياً وانقضت عدتها أو طلقها طلاقاً بائناً وتزوج بغيرها ثم تزوجها ثانياً لا يثبت لها هذا الحق لأن زواجه بغيرها لم يكن وهى فى عصمته. وزواجه بغيرها

---

(١) فى اللسان وغيره أن العصمة فى كلام العرب، المنع، والحفظ والمنعة، والقلادة، والحبل وكل ما أمسك شيئاً، وكل ما يعصم من عهد أو عقد أو سبب، وعصمة النكاح عقده، قال تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وقال عروة بن الورد:

إذاً لملكت عصمة أم وهب ... على ما كان من حسك الصدور

لا يتحقق إلا بعقد زواج ولا يشمل الرجعة فلو أنه كان متزوجاً بها و بأخرى وطلق ضرتها طلاقاً رجعياً ثم راجعها فى عدتها لم يكن هذا منه زواجاً بغيرها وهى فى عصمته ولا يثبت لها الحق فى حرمانه ولا أن تشترط حرمانه لمثل ذلك ، فإذا حرمته حرماناً ناجزاً لأنه راجع ضرتها بطل الحرمان بالنسبة للاستحقاق الواجب وصح بالنسبة للاستحقاق الاختيارى ، و إذا اشترطت حرمانه إذا راجعها بطل هذا الشرط بالنسبة للاستحقاق الواجب وصح بالنسبة للاستحقاق الاختيارى لأنه ليس شرطاً مقيداً لحريته فى الزواج و إنما هو شرط مقيد لحريته فى الرجعة والرجعة غير الزواج فليس شرطه هذا مما يندرج تحت الشروط الواردة بالفقرة الأولى من المادة ٢٢

١٨٦ — وقد رخص لها أيضاً فى حرمان زوجها إذا طلقها أى طلاق ، رجعياً كان أو بائناً ، كما رخص لها فى اشتراط حرمانه إذا طلقها ، ومحل الرخصة والاستثناء فى الواقع هو الطلاق الرجعى فإنه طلاق لا ينحل به عقد الزواج ولا ينقطع به التوارث حتى إذا ماتت وهى فى العدة كان وارثاً لها بصفته زوجاً لها وكان من أصحاب الاستحقاق الواجب لأنه زوج ، أما الطلاق البائن فلا يبقى معه العقد ولا يسمى من طلق هذا الطلاق زوجاً و ينقطع إرثه به فلا يكون من أصحاب الاستحقاق الواجب . ومحله أيضاً الاستحقاق الواجب لا الجائز ، فإنها تملك حرمانه من الاستحقاق الجائز حرماناً ناجزاً طلقها أو لم يطلقها كما تملك اشتراط حرمانه منه إذا طلقها طلاقاً بائناً أو رجعياً من غير حاجة إلى هذا النص لأنه شرط يجب مراعاته لأن فيه فائدة للواقفة وليس من الشروط الواردة بالفقرة الأولى من المادة ٢٢

١٨٧ — وليس من الضرورى أن يكون اشتراط حرمان زوج الواقفة من الاستحقاق فى وقفها اشتراط حرمان لزوج معين ولا أن يكون حال قيام الزوجية . فلو أن امرأة غير متزوجة وقفت كل ما تملك على نفسها ومن بعدها يكون نصف غلته لمن تموت وهى فى عصمته ونصفه الآخر لمن ترزق به من

الأولاد وشرطت حرمان هذا الزوج من الاستحقاق إذا تزوج بغيرها وهى فى عصمته أو طلقها ثم تزوجت بعد الوقف ورزقت منه بذكور وأناث وتوفيت عنه وعنهم ولم يكن أخل بالشرط استحق هو جميع النصف ، اثنى عشر سهماً من أربعة وعشرين ، منه أربعة أسهم واجبة وثمانية اختيارية وهى بقدر الثلث ، وإن كان قد تزوج بغيرها وهى فى عصمته أو طلقها طلاقاً رجعياً وماتت فى عدته حرم من كل استحقاقه الواجب والاختيارى طبقاً لشرطها ، وكذلك يحرم من كل الاستحقاق إذا طلقها وماتت والطلاق بائن طبقاً لهذا الشرط ، والحرمان فى هذه الحالة حرمان من استحقاق كله اختيارى .

١٨٨ — وإذا كانت قد اشترطت حرمان زوجها إذا تزوج بغيرها وهى فى عصمته أو طلقها وبعد ذلك طلقها ثم تزوج بغيرها وهى فى عصمته ، ولكنه عاد فطلق من تزوجها طلاقا بائنا ، أو راجع الواقفة إذا كان الطلاق رجعيا ، أو عقد عليها عقداً جديداً إذا كان الطلاق بائناً ، عاد له حقه الواجب طبقا للفقرة الأخيرة من المادة ٢٥ وحقه الاختيارى طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة ٣٤ لزوال سبب الحرمان . حقاً أن سبب الحرمان من تزوج أو تطليق قد وقع وهو نفسه لا يمكن أن يرتفع ولا أن يزول ، ولكنا قد عرفنا من قبل أن الشارع يريد من زوال السبب ما يشمل زوال أثره ، وآثار التزوج بغيرها قد زالت بالطلاق البائن ، وآثار التطليق قد ارتفعت بالرجعة أو الزواج الجديد ، فيعود الحق كما كان ، ويعود الحق الواجب بدون قيد ولا شرط أما الحق الاختيارى فيعود إلا إذا كانت قد أبدت الحرمان وشرطت ألا يعود إليه الاستحقاق وإن طلق من تزوجها أو راجع الواقفة أو أعادها لعصمته بعقد جديد .

١٨٩ — وأحكام هذه المادة لا تطبق على الأوقاف الواردة بالمادة ٦١ . وتطبق على الأوقاف الأخرى اللاحقة والسابقة التى كان واقفوها أحياء عند العمل بهذا القانون وكان لهم الحق فى الرجوع عنها ، وتطبق فى الحوادث السابقة والحوادث اللاحقة على حد سواء . فلو أنه وقف قبل القانون أو غيَّر قبله واشتمل عمله على حرمان أحد من استحقاقه الواجب أو بعضه أو شرط ما يقتضى ذلك بطل

حرمانه أو شرطه إذا تبين أنه لاتوجد أسباب تبرره أما إذا تبين أن هناك أسباباً تكفى لهذا الحرمان فإن تصرفه ينفذ وشرطه يراعى وإن لم يظهر أن هذه الأسباب كانت الباعث على الحرمان ، لأن القانون اشترط وجود أسباب تظهر كفايتها لذلك ولم يشترط أن تكون هى الباعث عليه ، فإذا تقاضى المحروم فى أمر حرمانه يكفى خصمه أن يثبت أنه كانت لدى الواقف أسباب تكفى لحرمانه ولا يكلف إثبات أن حرمان الواقف له إنما كان مراعاة لهذه الأسباب . ولو وقفت أو غيرت قبل القانون وحرمت زوجها أو اشترطت حرمانه على الوجه الوارد بالفقرة الثانية نفذ تصرفها وصح شرطها ، أما إذا لم يكن ماصنعت متفقاً مع أحكام هذه الفقرة فإنه لايكون معتبراً ويثبت له الإستحقاق .

٣ — حرمان ذرية الزوجين والوالدين

مادة ٢٨ — للواقف أن يجعل استحقاق كل من الزوجين ومن الوالدين لمدة حياته ثم يكون من بعده لذرية الواقف .

١٩٠ — الأصل الذى قررته المادة ٢٤ هو أنه يجب أن ينتقل الاستحقاق الذى يجب لكل وارث من ورثة الواقف المبينين بها إلى ذريته ، ولكن الشارع راعى أن ذريات الزوجين والوالدين كثيرا ما يكونون من غير ذرية الواقف ويكونون إما من الأجانب وإما من قرابته التى لم يتجه القانون إلى حماية أصحابها ولا إلى إيجاب استحقاق لهم فى الوقف ، ورأى أن تناسق الأحكام والحرص على الاحتفاظ بمال المرء لأسرته بمعناها الضيق بقدر الأمكان يقضيان بأن يكون الواقف مطلق الإرادة فيما يتعلق بالاستحقاق الذى يجب لهذه الذريات ، فأعطاه هذا الحق ورخص له فى أن يجعل استحقاق كل من الزوجين ومن الوالدين لمدة حياته ثم يكون من بعده لذرية الواقف . والكلام فى الاستحقاق الواجب لهؤلاء ، أما إذا كان لهم استحقاق اختيارى فإنه يكون مطلق الإرادة فيه بلا قيد ولا شرط طبقا للأحكام والنصوص الأخرى وهذه المادة لم تعرض له . والمراد من الاستحقاق الوارد بهذه المادة

جنس الاستحقاق لا جميعه فله الحق فى جعله كله أو بعضه لذريته وقد سبق نظير هذا فى شرح الفقرة الثانية من المادة السابقة. والحق الذى قررته هذه المادة للواقف حق جوازى فإن شاء استعمله وإن شاء لم يستعمله فيبقى الاستحقاق واجبا لذريات هؤلاء كذريات الورثة الباقين، وإذا استعمل هذا الحق لم يكن ما صنعه لازما بالنسبة له، فله أن يستديعه، وله أن يغير فيه فى حدود أحكام هذه المادة، وله أن يعيده أو بعضه الى أصحابه وما يعيده إليهم يكون استحقاقا واجبا، وقد بينا نظير ذلك مفصلا فى شرح المادة ٢٧

١٩١ — وقد رخص الشارع للواقف فى حرمان ذرية كل من الزوجين ومن الوالدين من الاستحقاق الذى وجب لأصلهم بشرطين:

الشرط الأول: وهو صريح فى متن القانون، أن يحرمهم من ذلك ليجعله لذريته هو، فليس له الحق فى حرمانهم ليجعله أو شيئاً منه لغير ذريته، قريباً كان ذلك الغير أو أجنبياً أو جهة خيرية. فإذا تصرف على غير هذا الوضع كان تصرفه غير نافذ وحرمانه غير صحيح ويبقى مستحقاً استحقاقاً واجباً لهذه الذرية ما جعله من استحقاقهم لغير ذريته، كُلاً كان ذلك أو بعضاً. فمن وقف على نفسه ثم على زوجته ووالدته وأولاده وذريته وقفاً جائزاً، مؤقتاً كان أو مؤبداً، وشرط أن من تموت من زوجته ووالدته يعود نصيبها لأولاده نفذ تصرفه فإذا مات وماتت زوجته ووالدته استبدت ذريته بالوقف وإن كان لكل من الوالدة والزوجة ذرية من غير ذريته، ولا يكون لهؤلاء أى حق فى الوقف. ولو وقف كل ماله على نفسه ثم على أولاده ثم تزوج بعد الوقف ولم يغير فيه حتى مات عن ورثته، وهم أولاده وهذه الزوجة، استحقت زوجته وجوباً سهمين من أربعة وعشرين سهماً ينقسم إليها صافى غلة وقفه، وأخذ أولاده الباقى استحقاقاً واجباً واستحقاقاً اختيارياً، فإذا ماتت الزوجة استبد أولاده بجميع الغلة، وإن كان لها ذرية من غير الواقف لا يستحقون شيئاً، وذلك لأن الواقف قد حرمهم وحرم أمهم وجعل الاستحقاق كله من بعده لذريته، فأما حرمان أمهم فلم يصح ووقع باطلا، إذ المفروض أنه

ليس هناك سبب يبرره ، ولذلك استحقت مايجب لها طبقاً للمادة ٢٤ وأما حرمانهم على هذا الوجه فقد أصاب موقعه القانونى حيث جعل ما كان يجب لهم مستحقاً لذريته فلا يثبت لهم حق فى هذا الوقف . ولو أنه وقف كل ماله على نفسه ثم من بعده يكون على زوجته وأولاده ، لزوجته الثمن والباقى لأولاده ، فإذا ماتت الزوجة كان ثلث نصيبها لبنت أخيه وثلثه يصرف فى مصارف خيرية عينها والثلث الباقى يعود إلى حصة أولاده ، ومات ثم ماتت هذه الزوجة ولها ذرية من غيره وجب لذريتها هذه فى غلة هذا الوقف سهم وثلث من أربعة وعشرين سهماً ، وذلك لأن استحقاق هذه الزوجة كان ثلاثة أسهم منها سهمان واجبان والثالث استحقاق اختيارى ، وقد جعل لأولاده سهماً منها بإطلاق فيكون من الاستحقاق الواجب ومن الاستحقاق الاختيارى معاً فتحرم ذريتها من ثلثى هذا السهم وهو القدر الواجب فيه لأنه أعطاه لذريته وله الحق فى ذلك ، وجعل سهمين منها بإطلاق لغير ذريته فيبطل هذا الجعل فى ثلثيهما وهو القدر الواجب ، أى سهم وثلث ، ويكون استحقاقاً واجباً لذريتها لأن حرمانهم منه لم يقع موقعه القانونى ، أما طريقة توزيع الريع فى هذا الوقف فهى أن يبدأ منه بإخراج الأنصبة الواجبة ، وهى أربعة عشر سهماً لأولاده ، وسهم وثلث لذرية زوجته والباقى ، وهو ثمانية أسهم وثلثا سهم ، يوزع على الأولاد وبنت الأخ والخيرات طبقاً للقاعدة الواردة بالمادة ٣٠ أى بنسبة ٨ : ١ : ١

والشرط أن يجعل ما حرموا منه لذريته أى لجنسها لا يتجاوزهم إلى غيرهم ولا يشترط أكثر من ذلك ، فليس من الشرط أن يجعله لجميع الذرية بل له أن يجعلهم لهم جميعاً وله أن يختص به بعضهم ، وقد حرصت لجنة العدل بمجلس الشيوخ على أبراز هذا المعنى فى تفسيراتها حيث قالت : « تناقشت اللجنة فى مدلول المادة ٢٨ وانتهت الى أن الحكم الجوازى الوارد بها لايتعين أن يكون شاملا لجميع ذرية الواقف بل له أن يجعل نصيب أحد الزوجين أو الوالدين لجميع ذريته هو أو لبعضهم كما يشاء » .
وليس من الشرط أن يوزعه على ذريته أو بعضها بنسبة استحقاقهم الواجب أو بأى

نسبة فله أن يوزعه على من شاء منهم على أى وضع يريد وإن كان ذلك بإعطائه كله لواحد منهم .

وإذا جعل هذا النصيب أو بعضه لذريته أو بعضهم لم يكن ما أعطى استحقاقاً واجباً لمن جعل له وإنما هو استحقاق اختيارى فله أن يغير فيما صنع على ألا يخرج به عن ذريته فإذا تجاوزها فى أى قدر منه بطل ماصنع وثبت الاستحقاق الواجب فى هذا القدر لذرية أحد الزوجين أو الوالدين .

١٩٢ — والشرط الثانى : وهومفهوم من سياق المادة وواضح أتم الوضوح فيما جاء بالمذكرة التفسيرية ، أن يكون ذلك فيما كان يجب انتقاله لذرية هؤلاء من غير ذريته ، أماذريتهم التى تكون من ذريته فليس له الحق فى حرمانهم من هذا الاستحقاق ويجب أن ينتقل إليهم نصيبهم فيه ، فلو كانت ذرية أبيه أو أمه أو زوجته التى يجب انتقال الاستحقاق إليها طبقاً للمادة ٢٤ هى ذريته أو من ذريته لايثبت له هذا الحق ويبقى حكم وجوب الانتقال مقرراً كما هو فلا يملك حرمانهم منه وجعله لباقى ذريته ولاجعلهم مشتركين معهم فيه . وإذا كانت ذرية واحد من هؤلاء خليطاً ، فيها من ذريته وفيها من غيرها ، لم يثبت له هذا الحق فيما يصيب الذرية التى هى من ذريته ، ويثبت له هذا الحق فى باقى هذا النصيب فله أن يجعله لمن يشاء من ذريته بأى قدر يراه وإذا كانت ذرية هؤلاء كلها من غير ذريته ثبت له هذا الحق فى جميع النصيب . فلو وقف كل ماله على نفسه ثم على زوجته وأولاده وجعل لزوجته الثمن وجعل الباقى لأولاده على أن يكون نصيب الزوجة من بعدها لأولاده نفذ ماصنع إذا كان أولاده جميعاً أولادها سواء أكان لها أولاد آخرون من غيره أم لم يكن وينفذ أيضاً إذا لم يكن لها أولاد منه وكان لها أولاد أو ذرية من سواه، أما إذا كان بعض أولاده منها والبعض الآخر من غيرها ولم يكن لها أولاد سوى أولاده ينفذ ماشرط بالنسبة لثلث نصيبها وهو الاستحقاق الاختيارى ويبطل بالنسبة لثلثيه وهو الاستحقاق الواجب وينتقل وجوبا إلى أولاده منها وحدهم ، وإذا كان لها أولاد من غيره أيضاً والصورة الأخيرة بحالها نفذ ماشرط

فى ثلث استحقاقها وفى حصة أولادها من غيره فى ثلثيه ووجب أن ينتقل إلى أولادها منه خاصة حصتهم فى ثلثى استحقاقها .

١٩٣ — ونص المادة ٥٦ يقضى بأن أحكام هذه المادة تطبق على جميع الأوقاف اللاحقة والأوقاف السابقة حتى الأوقاف الواردة فى المادة ٦١ ، ومعنى هذا أنها تطبق على الأوقاف التى يجب فيها الاستحقاق وعلى الأوقاف التى لا تطبق عليها أحكام الاستحقاق الواجب ، وتطبيقها على الأوقاف الأخيرة حكم لا طعم له ولا لون فإن هذه المادة إنما تتكلم عن حكم من أحكام الاستحقاق الواجب فكيف ينص على تطبيقها فى أوقاف ليس فيها استحقاق واجب وهى الأوقاف المبينة بالمادة ٦١ والأوقاف الأخرى التى مات واقفوها قبل العمل بالقانون والأوقاف التى عمل بالقانون وواقفوها أحياء وليس لهم حق الرجوع . الحق أن دقة الوضع والتحرير كانت تقضى بإيراد هذه المادة فى المستثنيات الواردة فى الفقرة الثالثة من المادة ٥٧ والواردة فى المادة ٦١ ، وعلى كل حال فليس من وراء عدم الاستثناء ضرر ولا لبس .

٤ — نقص الاستحقاق الواجب لأهل الصنف الأول

مادة ٢٩ — للواقف أن يجعل لفرع من توفى من أولاده فى حياته استحقاقاً فى الوقف بقدر ما كان يجب لأصله بمقتضى المادة ٢٤ لو كان موجودا عند موت الواقف أو بقدر ما يكمله ولو تجاوز هذا الاستحقاق ثلث ماله .

١٩٤ — أوجبت المادة ٢٤ أن يكون لكل وارث من الورثة المبينين بها استحقاق فى وقف ما زاد على ثلث مال الواقف بقدر سهمه فى الإرث ، ولكنها فى الوقت نفسه أوجبت مراعاة أحكام هذه المادة التى أباحت للواقف أن يجعل لفرع من مات من أولاده فى حياته استحقاقا فيما يقفه بقدر الاستحقاق الذى كان يجب فيه لأصله إن لم يكن هذا الفرع وارثا ، أو بقدر ما يكمله إن كان وارثا لأقل من نصيب أصله ولو تجاوز الاستحقاق الذى يجعله لهذا الفرع

بهذا القدر ثلث ماله، ومعنى هذا أن الشارع أباح له نقص نصيب الورثة الموجودين من هذه الطريق فى الأحوال التى يمكن أن يؤدى فيها ذلك الجعل إلى النقص فى أنصبتهم ويكون الواجب لكل منهم فى هذه الحال هو قدر سهمه فى الإرث على فرض أن من مات موجود مع الورثة، لاقدر سهمه فى الإرث الواقعى. فمحل الاستثناء يكون فى هذه الحالات وحدها أما فيما عداها فلا استثناء لأن الحق ثابت له بدون هذا النص.

وهذا الحق الذى قرره له الشارع حق جوازى فله أن يستعمله وله ألا يستعمله وإذا استعمله لم يكن ماصنع لازما بالنسبة له لأنه استحقاق اختيارى وليس واجباً لمن جعل له فله أن يغير فيه ما شاء على ألا يتجاوز فى تغييره حدود هذه الأحكام وإذا أعاد النقص أو شيئاً منه لذويه عاد لهم استحقاقا واجباً، وقد سبق أن بينا وجه ذلك.

وواضح من عبارة المادة أن الوقف الوارد بها يراد منه الوقف الذى يكون فيه استحقاق واجب، سواء أكان الموقوف فيه كل المال أم كان بعضه، وسواء اتحدت عقدة الوقف أم تعددت، فإذا لم يتجاوز الموقوف ثلث ماله وما ألحق به لاتكون هناك أنصبة واجبة، فلا وجوب ولا استثناء، وإذا كان الوقف قد ورد على مايتجاوز هذا القدر كان هذا هو محل التطبيق، كان معه قدر لايجب فيه استحقاق أو لم يكن، كان القدر الذى جاوز الثلث وما ألحق به بقية مال الواقف كلها أو كان بعضها. وإذا تعددت الأوقاف التى تطبق عليها أحكام هذه المادة وجب أن ينظر إلى كل وقف منها على حدة فليس له أن يجعل للفرع فى أى وقف منها استحقاقا أكثر من نصيب أصله فيه أو مما يكمله وإن لم يتجاوز ذلك نصيبه فيها جميعها.

١٩٥ — والواقف قد أعطى الحق فى أن يجعل لهذا الفرع الاستحقاق المذكور ولو تجاوز ثلث ماله. والمراد بثلث ماله المقدار الذى أبيح له التصرف فيه ولايجب فيه استحقاق، سواء أكان الثلث وحده أو الثلث وما ألحق به من الأنصبة

التى لم تجب لأهلها وإن كان كل الاستحقاق ، وإنما اقتصر على ذكر الثلث فى المادة لأنه المحل الأصلى للإباحة الذى يكون موجوداً فى جميع الأحوال بخلاف ما ألحق به ، وليس فى هذا الاقتصار ضرر فإن ما ألحق بالشىء يعطى حكمه بدلالة النص . وبتجاوز هذا المقدار يقع المساس بالأنصبة الواجبة للورثة بقدر سهامهم فى إرث الواقف الفعلى . فعلى هذا يكون معنى العبارة أن للواقف أن يجعل هذا الاستحقاق لذلك الفرع وإن كان فيه مساس بالأنصبة الواجبة .

وقد أبيح له أن يمس الأنصبة الواجبة بهذا القدر فحسب ، فليس له أن يمسها بأكثر من النصيب الذى كان يجب للأصل أو من المقدار الذى يكمله ، ولكن هذا لا يمنعه من أن يجعل لهذا الفرع أكثر من نصيب أصله أو ما يكمله إذا لم يكن فى ذلك مساس بالأنصبة الواجبة فإن هذا حق ثابت له من النصوص السابقة ولا شأن لهذه المادة به . فإذا وقف كل ماله فى عقدة واحدة وكان وارثه أخاه الشقيق لا وارث له سواه وكانت له بنت بنت ماتت أمها قبله كان له أن يجعل لهذه البنت استحقاقاً فى وقفه بقدر ما كانت تستحقه أمها وجوبا وهو ثلث الوقف ، وله أن يجعل لها أكثر منه وإن كان كل الوقف إذ لا توجد أنصبة واجبة . ولو كان وارثه بنته وأخاه لا وارث له سواهما وكانت له بنت البنت هذه كان له أن يجعل لها تسعى استحقاق الوقف وهو ما كان يجب لأمها وله أن يجعل لها أكثر من ذلك حتى يصل إلى ثلثى الوقف إذ ليس فى ذلك مساس بالاستحقاق الواجب ، وهو الثلث الواجب لبنته ، ولكن ليس له أن يجعل لها أكثر من الثلثين لأن فى ذلك مساسا بما هو واجب للبنت لم يكن الداعى إليه الرغبة فى إعطاء بنت البنت النصيب الذى كان يجب لأمها بل دعت إليه الرغبة فى أعطائها أكثر من هذا النصيب ، والأنصبة الواجبة لا يجوز المساس بها إلا لإعطاء هذا المقدار وحده ولا يجوز أن تمس بسبب إعطاء أكثر منه . وإذا كانت ورثته بنته وبنت ابنه الذى مات قبله وأخاه الشقيق لا وارث له سواهم كان له أن يرفع نصيب بنت ابنه من تسع الاستحقاق الواجب لها ويزيد عليه ثلاثة أتساع لتكمل لها أربعة أتساع وهى قدر ما كان يجب لأبيها لو كان موجوداً

وله أن يزيدها أربعة أتساع أو خمسة حتى يصل إلى الثلثين إذ ليس في ذلك مساس بما هو واجب لبنته وهو الثلث ، ولكن ليس له أن يزيدها على ذلك لأن فى الزيادة مساساً بالنصيب الواجب للبنت ، وما وجب لها لا يمس إلا باعطاء نصيب الأصل ولا يمكن أن يمس باعطاء ما زاد عليه .

وليس من المتعين أن يكون المساس بالنصيب الواجب آتياً من طريق إعطاء الفرع كل نصيب أصله أو جميع المقدار الذى يكمله ، بل كما يكون للواقف ذلك يكون له أيضاً أن يمسه باعطاء بعض نصيب الأصل أو بعض ما يكمله فإن من يملك الشىء يملك بعضه ضرورة ، وليس هناك ما يقضى بأن الحق الثابت له هو إعطاء هذا القدر جميعه دون بعضه . فلو كان وارثه بنته لا وارث له سواها وكان له ثلاثة أبناء ماتوا قبله وترك كل منهم بنتاً واحدة ومات هؤلاء البنات الثلاث قبل الواقف أيضاً وتركت كل منهن بنتاً ووقف كل ماله فى عقدة واحدة كان ثلثا استحقاق الوقف واجباً لبنته ولو كان إخوتها موجودين معها لوجب لها سهمان ووجب لهم اثنا عشر سهماً من واحد وعشرين سهماً ينقسم إليها استحقاق الوقف جميعه ، فله أن يجعل الثلث لفروعهم وهم البنات الثلاث وليس فى ذلك مساس بالاستحقاق الواجب وله أن يزيد كلا منهن وإن لم يبلغ بما جعله لها ما كان يجب لأصلها وفى هذه الزيادة مساس بالاستحقاق الواجب للبيت بما هو أقل مما يجب للأصل ، وإذ ذاك يبقى ما عدا القدر الذى أخذ من نصيب البيت سالماً لها ويبقى كله استحقاقاً واجبا .

ومن هذا اتضح أن النصيب الواجب يجوز أن يمس باعطاء ما كان يجب للأصل كله أو بعضه وبمقدار ما يكمله كله أو بعضه . وأنه لا يجوز أن يمس باعطاء أكثر من ذلك . وأنه يجوز إعطاء أكثر من هذا إذا لم يكن فى الزيادة عليه مساس بالاستحقاق الواجب .

١٩٦ — وإن مسّ الواقف الأنصبة الواجبة باعطاء أكثر من المقدار المشار إليه لا تعتبر الزيادة من هذه الناحية ولكنها تعتبر فى النواحى الأخرى

كمزاحمة أصحاب الاستحقاق الاختيارى . فلو كان وارثه ابنته لا وارث له سواها وكان له بنت بنت فوقف كل ماله فى عقدة واحدة وجعل ثلث الاستحقاق لجهات خيرية أو لأشخاص أجانب ثم نصفه لبنت بنته مع أن ما كان يجب لأمها هو الثلث فقط وجعل السدس الباقى لبنته فإن الواجب للبنت لا يتأثر بما زاد على الثلث فى نصيب بنت البنت ويسلم لها ثلث الاستحقاق واجباً ولكن الثلثين لا تقسم بين بنت البنت والموقوف عليهم الآخرين مناصفة بل تقسم بنسبة الثلث والنصف فيكون لبنت البنت ثلاثة أخماس وللآخرين خمسا الثلثين كما هو صريح قاعدة توزيع الاستحقاق الواردة بالمادة ٣٠ فإذا كانت سهام الاستحقاق ١٥ كان لبنت الواقف ٥ سهام واجبة ولبنت بنته ستة سهام اختيارية وللآخرين أربعة سهام اختيارية أيضاً .

١٩٧ — وقدر هذا الاستحقاق هو ما كان يجب لأصله أو ما يكمله لو كان هذا الأصل موجوداً عند وفاة الواقف ، ولمعرفة هذا القدر يفرض هذا الأصل موجوداً ووارثاً مع ورثة الواقف ، واحتساب الأصل قد لا يترتب عليه سوى النقص فى أنصبة الوارثين من أولاد الواقف ، كما لو كان الورثة أولاده أو أولاده وزوجته وكان الأصل الذى يحتسب هو ابنه أو بنته ، وقد يترتب عليه هذا النقص مع تغيير فى وصف الإرث كما لو كانت الورثة بنتيه فقط وكان الأصل الذى يحتسب هو ابن له بنت، وقد يترتب عليه هذا النقص وذلك التغيير وحجب وارث ممن لا يجب لهم الاستحقاق كما لو كانت ورثته بنتيه وأخاه الشقيق أو أخته لأبيه وكان الأصل الذى يحتسب هو الابن والد هذه البنت ، وقد يترتب عليه تغيير الفرض ونقصان نصيب العاصب كما لو كانت ورثته زوجته وبنته وأخاه وكان الأصل المحتسب بنته التى لها فرع فاحتسابها ينقص نصيب العاصب ويغير فرض البنت من النصف إلى المشاركة فى الثلثين ، وقد يترتب عليه غير ذلك كما يظهر من شتى الفروض . وإذا كان احتساب الأصل لمعرفة مقدار مايكمل نصيبه وجب بداهة استبعاد فرعه من بين ورثة الواقف ، كزوجة وبنت ابن وأخ شقيق، وأريد

احتساب الابن استبعدت بنته من بين الورثة وحل هو محلها . ولا يحتسب من بين الورثة إلا من جعل لفرعه استحقاق يمس الاستحقاق الواجب فلا يحتسب من لم يجعل لفرعه استحقاق أصلا ولا من جعل لفرعه استحقاق لا يمس الاستحقاق الواجب ، ولا من ليس له استحقاق واجب ، فلو كان له بنتان وأخ شقيق وبنتا ابنين ماتا فى حياته فلم يعط الأخ ولا إحدى بنتى الابنين شيئاً وأعطى الأخرى عشرين سهماً من ستة وثلاثين سهماً ينقسم إليها استحقاق الوقف لم أفرض أى أصل ، لأن إحدى بنتى الابنين لم تعط شيئاً والثانية أعطيت ما لا يمس الواجب للبنتين وهو أربعة أتساع الاستحقاق ولو فرض أنه أعطى من أعطاها اثنين وعشرين سهماً كان فى ذلك مساس بالاستحقاق الواجب ، فلكى أعرف هل هو جائز أو غير جائز أفرض أصل هذه المعطاة وهو ابن فيكون نصيب الابن الثلث ، ونصيب البنتين الثلث ، وهو اثنا عشر سهماً ، فبنت الابن قد أعطيت أكثر مما يجب لأصلها ، فلا يصح الإعطاء فيما يمس الواجب للبنتين وهو ستة عشر ويسلم لبنت الابن عشرون ، هى الثلث ، وما يساوى نصيب الأخ .

وإذا كان فرض الأصل يترتب عليه حرمان أحد من الورثة الفعليين فإنه لا يفرض وجوده مع هذا الوارث ولكن يفرض مع أصله الوارث لأن الشارع لا يرمى بفرضه إلى حرمان الورثة ولكن إلى نقص الأنصبة فقط كما يفهم بوضوح مما جاء بالمذكرة التفسيرية وتؤيده حكمة التشريع التى أملت القول بوجوب أنصبة للورثة من الذرية فلو كان له بنت بنت و بنت بنت ابن ، ووقف كل ماله ، لا يملك أن يجعل غلة وقفه كلها لبنت بنت ابنة بحجة أن أصلها وهو جدها ابن الواقف لو فرض حياً لاستحق كل الثلثين وجوباً ولا يكون لبنت البنت مع فرض وجوده استحقاق واجب لأن هذا لا يريده الشارع ، فيجب أن يفرض وجود جدها مع أخته فيكون للابن أربعة أتساع الاستحقاق نصيباً واجباً فهذا هو النصيب الذى يمس الاستحقاق الواجب لبنت البنت بسببه ويكون من حق الواقف أن يعطى بنت بنت ابنه أربعة أتساع الاستحقاق ويجب أن يكون لبنت البنت ثلاثة أتساع منه استحقاقا

واجباً وألا يمس الاستحقاق الواجب لها إلا بقدر نصيب الأصل على هذا الوضع .

١٩٨ — وإذا لم يكن هناك إلا أصل واحد جعل استحقاق لفرعه ولم يكن معه أحد آخر جعل له استحقاق اختيارى كان الأمر فى غاية الوضوح والسهولة ، أما إذا تعددت الأصول الذين أعطيت فروعهم ، كان معهم آخرون قد جعل لهم استحقاق اختيارى أولا ، فإن معرفة من وقع التجاوز فيما جعل له إذ ذاك تحتاج إلى دقة وتأمل وذلك لأن القانون لم يذكر طريقة معينة يمكن أن تتبع فى مثل هذه الأحوال، فليس أمامنا إلا النظر إلى من بدأ به الواقف بجعل الاستحقاق له ، فهذا هو الذى يحتسب ماجعل له من المقدار الذى يكون للواقف فيه حرية التصرف ثم من يليه وهكذا إلى أن ينفد هذا المقدار فمن كانت أنصبتهم تخرج من الاستحقاق الجائز لم يصدق عليهم أن فيما جعل لهم مساساً بالاستحقاق الواجب ، فإذا ما استنفد هذا المقدار على هذا الترتيب كان من ذكر بعد ذلك هو الذى وقع التجاوز فى نصيبه وهو الذى مس الاستحقاق الواجب بما جعل له فإن كان فرع أحـد من أولاده احتسب أصله لمعرفة ما إذا كان هذا المساس جائزاً أو غير جائز على فرض وجوده ولا يحتسب أصل من ذكر أولا وكان ماجعل له يخرج من الاستحقاق الاختيارى لأن ماجعل له ليس فيه مساس بالأنصبة الواجبة . فإذا وقف كل ماله على نفسه ومن بعده يكون لـكل من بنتيه إحسان وروحية سبعة أسهم من ٣٦ سهماً ينقسم إليها الاستحقاق ولزينب بنت ابنه محمد الذى توفى قبله إثنا عشر سهماً ولحنيفة بنت بنته نجية التى ماتت قبله عشرة، ثم مات وكان ورثته ابنتيه إحسان وروحية وأخاه الشقيق عليا، فإن أخاه ليس له استحقاق واجب، فأصل الاستحقاق الواجب لبنتيه هاتين هو ١٦ سهماً وقد مس بما جعله لغيرهما ولـكنه بدأ ببنت الابن فجعل لها اثنى عشر سهماً وذلك يخرج مما له حرية التصرف فيه وهو الثلث ونصيب الأخ وقدرهما ٢٠ سهما ، فلا يصدق على هذه أنه جعل لها استحقاقا فيه مساس بالواجب للبنتين فلا يحتسب أصلها ، ثم أتبع ذلك بأن جعل لبنت بنته عشرة أسهم فاستنفد بقية الاستحقاق الاختيارى ومس الاستحقاق الواجب بسهمين فهذه هى التى صدق عليها ما ذكر ، فيحتسب

أصلها وهى بنته نجية مع أختيها ، فيكون الواجب لبنتيه إحسان وروحية هو ثلثا الأسهم الستة عشر على هذا التقدير فيكون المساس بنصيبهما جائزاً فقد سلم لكل منهما أكثر مما يجب لها على هذا الحساب . ولو أنه بدأ ببنت البنت ثم ثنى ببنت الابن كان المساس فى نصيب الأخيرة وهى التى يقدر أصلها وهو الابن ويكون التصرف أيضاً جائزا . ولو أنه جعل لكل من بنتيه ثلاثة أسهم ثم بدأ بأخيه فجعل له عشرة ثم ثنى ببنت بنته فجعل لها عشرة ثم ببنت ابنه فجعل لها عشرة أيضاً كان المساس فى نصيب الأخيرة فيقدر أصلها موجوداً فيكون الواجب لبنتى الواقف على فرض وجوده نصف الثلثين ، إثنى عشر سهما ، فيجب أن يسلم ذلك لهما استحقاقا واجبا ويقسم باقى الاستحقاق وهو ٢٤ سهما بين الثلاثة بنسبة ما جعل لكل منهم طبقا لقاعدة التوزيع الواردة بالمادة ٣٠ . ولو أنه بدأ ببنت الابن ثم ببنت البنت ثم بالأخ لم يكن فيما جعل لبنتى الابن والبنت تجاوز ولا مساس بالاستحقاق الواجب فلا يقدر وجود أحد من الأصلين ، والتجاوز والمساس إنما كان بما جعل للأخ وهو لا يملك ذلك فيسلم لبنتيه وجوبا ١٦ سهما من الاستحقاق ثلثا الثلثين ، وتقسم العشرون سهماً بين الثلاثة الآخرين قسمة نسبية ، أما إذا لم يكن هنا ترتيب فى الجعل ولا فى الذكر وحصل تجاوز ومساس بالاستحقاق الواجب فلا مناص من تقدير جميع الأصول الذين أعطيت فروعهم إذ لا مرجح لتقدير أحدهم دون الآخر وقد ذكروا جملة ولم يكن أحدهم أسبق من الآخر فى الذكر حين توزيع الاستحقاق حتى يبدأ به ويحسب نصيبه من الاستحقاق الجائز . فلو أنه وقف كل ماله دفعة واحدة على نفسه ثم يكون سدس الاستحقاق لأولاده وخمسة أسداسه لأولاد أولاده للذكر مثل حظ الانثيين ثم من بعد كل منهم لأولاده ومات وله بنت واحدة وأخ شقيق وهما وارثاه لا وارث له سواهم وترك أولاداً لبنتين له ماتتا فى حياته ، فمقتضى شرطه أن يكون السدس لبنته والباقى لأولاد أولاده ، والاستحقاق الواجب لبنته طبقا لاحكام المادة ٢٤ هو الثلث لولا ما جعله لأولاد أولاده ، ولمعرفة ما يجوز من هذا الجعل ومقدار الواجب

للبنت مع مراعاة أحكام المادة ٢٩ نقدر بنتيه موجودتين عند موته لأنه ذكر أولادهما بلفظ واحد ولم يكن فريق منهم أسبق من الآخر فى جعل الاستحقاق ولا فى الذكر حين حصوله ، وإذ ذاك يظهر أن المستحق لبنته طبقاً لأحكام هاتين المادتين معا أقل من السدس الذى جعله لها ، لا الثلث الذى كان يجب لها بمقتضى أحكام المادة ٢٤ وحدها ، ولا يكون الواقف قد تجاوز أنصبة أصولهم .

١٩٩ — وقد رخص للواقف فى أن يجعل لفرع من توفى من أولاده فى حياته النصيب الذى كان يجب لأصله أو مقدار ما يكمله ، فله هذا الحق بالنسبة لفرع كل من مات فى حياته واحداً كان من مات أو أكثر . والمراد من أولاد الواقف أولاده لصلبه ذكوراً كانوا أو إناثا ، وولد الواقف لصلبه هو أيضاً الأصل الوارد بالمادة . فالأصل الذى يقدر وجوده حين موت الواقف هو ولد الواقف لصلبه لا الأصل المباشر للفرع . فلو كان للواقف عند موته بنتان وابن ابن ابن مات أصلاه فى حياة الواقف وهم ورثته كان الأصل الذى يقدر وجوده هو ابن الواقف لصلبه لا ابن ابنه الذى هو الأصل المباشر لابن ابن الابن ، ولو كان له بنت وابن هما وارثاه وبنت بنت بنت مات أصلاها فى حياة الواقف فالأصل الذى يقدر وجوده هو بنت الواقف لصلبه لا بنت بنته التى هى الأصل المباشر لهذا الفرع . وأثر التقدير مختلف فلو قدر ابن الابن فى الحالة الأولى لا يتغير النصيب ولم تكن هناك فائدة أما تقدير الابن فإنه يغير الحال وينقل النصيب من الثلث إلى النصف ويكون للواقف الحق فى أن يجعل لهذا الفرع ما يكمل نصيب جده ، وتقدير بنت البنت فى الحالة الثانية لا يجدى نفعاً فهى غير وارثة ، أما تقدير بنته فهو الذى يفيد .

ومن الشرط أن يكون هذا الأصل من أولاده فليس للواقف هذا الحق بالنسبة لفرع من مات فى حياته من ورثته الآخرين وإن كانوا ذوى استحقاق واجب وهم الأزواج والولدان .

ومن الشرط أيضاً أن يكون هذا الأصل قد مات فى حياة الواقف ، فليس للواقف هذا الحق بالنسبة لفرع ولده الموجود ، كان ممن يجب لهم الاستحقاق أو لم

يكن ، فليس له هذا الحق بالنسبة لفرع من يكون موجوداً ومستحقاً لنصيبه الواجب لأن نصيبه سينتقل لذريته وجوبا ، ولا بالنسبة لفرع الموجود الذى لايستحق نصيباً واجباً لأن الواقف قد أعطاه بغير عوض ما يساوى نصيبه وكذلك لو كان مستحقاً للبعض غير مستحق للبعض الآخر بسبب العوض ، ولا بالنسبة لفرع الموجود الذى لا يستحق نصيباً واجباً لأنه غير وارث لقيام مانع من موانع الإرث به كالردة واختلاف الدين والقتل لأنه متى كان محروماً من الإرث لا يجب له الاستحقاق ولا يكون من ذوى الاستحقاق الواجب فليس للواقف هذا الحق بالنسبة لذرية قاتله . والوفاة قد تكون وفاة حقيقية وقد تكون وفاة حكمية ، والوفاة الحكمية تكون بالحكم باعتبار المفقود ميتا ، وقد ألحق القانون الحرمان بالموت الحكمى حيث قرر اعتبار المحروم فى حكم من مات فى حياة الواقف ، ومن شرط الوفاة أن تكون فى حياة الواقف ، فمن مات مع الواقف فى حادث أو فى حادثين ولا يدرى أيهما مات أولا لايعتبر ميتاً فى حياة الواقف فليس له هذا الحق بالنسبة لفروعه ، ومن فقد من أولاد الواقف وحكم بموته فى حياة الواقف كان ممن ماتوا فى حياته ، وإن لم يحكم بموته أصلا أو حكم به بعد موت الواقف لا يكون ممن ماتوا فى حياته وإن كانت شرائط الحكم بموته قد تحققت قبل موت الواقف لأن اعتباره ميتاً لا يكون إلا من وقت صدور الحكم بموته وليس للقاضى أن يسند الحكم إلى تاريخ سابق . أما المحروم فإنه يعتبر ممن ماتوا فى حياة الواقف ، كان حرمانه ناجزاً متحققاً فى حياة الواقف أو كان حرماناً معلقاً على شرط تحقق فى حياته أو كان حرماناً معلقاً على شرط لم يتحقق إلا بعد موته قبل أن يستحق أو بعد أن استحق فعلا ، لأن القانون قد اعتبر المحروم فى حكم من مات فى حياة الواقف وعم فى المحروم ولم يخصه بمحروم دون آخر فكان النص عاماً شاملا لجميع المحرومين .

ومن الشرط أيضاً أن يكون لهذا الأصل نصيب واجب فى الاستحقاق لو كان حيا ، فلو كان من مات فى حياة الواقف لايجب له استحقاق لو كان حياً لا يثبت للواقف هذا الحق بالنسبة لفروعه ، كمن مات من أولاده فى حياته وكان قد أعطاه

بغير عوض ما يساوى نصيبه الذى كان يجب له لو بقى حياً وكمن مات فى حياته من أولاده ولكنه لو كان حياً لم يكن وارثاً له لاختلافهما فى الدين أو لأنه قتله ومات قبل موت الواقف .

ومن الشرط أيضاً أن يكون لمن مات من أولاده فى حياته فرع ، فإذا لم يكن لهذا الميت فرع لا يثبت هذا الحق للواقف ولا يملك المساس بالأنصبة الواجبة من طريق جعل ما كان يجب له لو كان حياً لفروع إخوته أو بعضهم أو لغيرهم .

٢٠٠ — والواقف قد أعطى هذا الحق بالنسبة لفرع هذا الأصل دون غيره والمراد من الفرع مايشمل الواحد والأكثر والذكر والأنثى وهو يتناول الفرع مهما نزل وارثاً كان أوغير وارث ، وكانت لجنة التنقيح قد اشترطت فى الفرع ألايكون وارثاً كما هو الشرط فى الوصية الواجبة ، أما الوارث فكانت ترى أن نصيبه يكفيه ولكنها عدلت عن ذلك فى آخر لحظة وعممت الحكم .

وليس للواقف أن يمس الأنصبة الواجبة إلا إذا كان بجعل هذا النصيب أو ما يكمله لفرع صاحبه دون غيرهم ، فليس له أن يمسها بجعل ذلك لغير فرع هذا الميت من فروع أولاده الآخرين أو لغيرهم ، ولا بجعله لفرع هذا الميت مع غيرهم ، فإن فعل ذلك بطل مما صنع ، وكان فيه مساس بالأنصبة الواجبة ، بقدر ما جعل لهذا الغير ، كلا كان ذلك أو بعضاً . والمحظور هو المساس بهذه الأنصبة من طريق جعل هذا النصيب أو بعضه لغيرهم أما إذا مست من طريق جعله لهم وخرج ما أخذ منهم عن أن يكون حقاً واجباً وصار من الاستحقاق الجائز فليس من المحظور أن يتناول منه سواهم فى بعض الأحوال طبقاً لقاعدة التوزيع التى تقررها المادة ٣٠ لأن الممنوع هو جعله لغيرهم لا أن يتناول الغير منه بعد أن جعل لهم كما سيجىء إيضاح ذلك .

٢٠١ — وقد رخص له الشارع فى إعطاء نصيب من مات لفرعه ، ووكل هذا الاعطاء لمحض أرادته فلم يرسم له فيه خطة معينة ، فله أن يعطيه لهم جميعاً بالاشتراك ، وله أن يرتب بينهم فى الاستحقاق ، وله أن يسوى بينهم فى ذلك وله أن

يفاضل بينهم بالقدر الذى يريد ، وكل ما يصنعه فى ذلك جائز ويجب اتباعه . وليس من الضرورى أن يعطى منه كل فرع لهـذا الميت فله أن يعطيه لجميع فروعه وله أن يختص به بعضهم ويحرم منه البعض الآخر لأنه بالنظر إليهم استحقاق اختيارى والفرع الوارد بالمادة يراد به الجنس كذرية الواقف الواردة فى المادة ٢٨ وقد مر بك التفسير الذى حرصت لجنة العدل على إبرازه هناك والذرية والفرع سواء فى الدلالة وفى المعنى الذى دعا إلى الحرص على أبراز هذا التفسير .

٢٠٢ — وقد أعطى للواقف الحق فى أن يمس الأنصبة الواجبة بقدر ما يتطلبه إعطاء هذا النصيب أو ما يكمله لفرع من كان يجب له ، فإذا تجاوز الواقف هذا الحد لم يؤثر ما تجاوز به فى الأنصبة الواجبة ، وإذا لم يستعمل هذا الحق أصلا أو استعمله ولم يبلغ به القدر الذى رخص له فيه بقيت الأنصبة الواجبة أو ما لم يُمَسّ منها استحقاقاً واجباً لأهلها . والمقدار الذى يؤخذ من الأنصبة بمقتضى هذا الحق يكون من قبيل الاستحقاق الاختيارى لمن جعل لهم فلا تطبق عليه أحكام الاستحقاق الواجب . وهذا المقدار قد يسلم جميعه لمن جعل لهم ولا يشاركهم فيه أحد كما فى أكثر الصور وقد يتناول منه غيرهم معهم فى بعض الأحوال طبقاً لقاعدة التوزيع التى قررتها المادة ٣٠ ، فلو أنه وقف كل ماله على نفسه ثم من بعده يكون وقفاً على الذكور من ذريته سوى أولاد البطون واشترط تساوى المستحقين فى الأنصبة واشتراكهم بحيث لا يحجب أحد من بطن أعلى أحداً من بطن أسفل وإن كان فرعه كما هو الحال فى بعض الأوقاف التى لا تزال قائمة للآن، ثم مات وترك ابنين هما وارثاه لا وارث له سواهم وكان له ابن ابن مات فى حياته وكان لأحد ابنيه الأحياء ابنان وللآخر ثلاثة أبناء ، كان الاستحقاق طبق شرط الواقف لهؤلاء الثمانية فيكون لكل من ابنى الواقف الثمن وهـذا أقل مما يجب له طبقاً للمادة ٢٤ وهو ثلث الوقف ، ولكننا لا نعطى كلا منهما الثلث لأن الواقف قد جعل لأبناء أبنائه استحقاقاً ومن بينهم ولد من مات فى حياته الذى جعل له الواقف بمقتضى شرطه الثمن ولا يمكن أن يحتسب كل الثمن من الثلث الذى للواقف حرية التصرف فيه لأنه ليس أولى بذلك من الآخرين ولا مرجح

فيعتبر التجاوز بما جعل لجميع أبناء الأبناء فإذا لابد من تقدير أصل ابن الابن هذا ومتى قدرناه كان نصيبه التسعين وماجعل لابنه هو الثمن وهو أقل من نصيبه فينفذ هذا الجعل . وهذا الابن لايستحق فى الثلث سوى سدسه فيؤخذ الفرق بين الثمن و بين هذا القدر من الأنصبة الواجبة ولا يؤخذ منها أكثر منه إذ لا يملك الواقف أن يمسها بما جعله لأبناء أبنائه الخمسة الآخرين . فلو فرض أن أصل الاستحقاق ٧٢ كان الواجب للابنين أصالة هو الثلثين أى ٤٨ ينقص منه خمسة هى الفرق بين ثمن الوقف وسدس ثلثه و يكون الباقى وهو ٤٣ بين الابنين استحقاقا واجباً أما التسعة والعشرون الباقية فتقسم على أبناء الأبناء الستة بالتساوى و بذلك اشترك الخمسة مع ابن الابن الذى مات فى الثلث وفى المقدار الذى أخذ من الأنصبة الواجبة بسبب افتراض أبيه موجوداً أى أنهم أخذوا منه خمسة أسداسه وهذا الأخذ ليس بممنوع لأنهم لم يأخذوه لأنه جعل لهم بل لأن هذا جاء تبعاً و بسبب كونه صار استحقاقا اختياريا والمزاحمة اقتضت ذلك . ولو أن ابن من مات أعطى نصيبه من الثلث طبق شرط الواقف وأعطى الفرق بين ما جعله له الواقف و بين ما أخذ من الاستحقاق الواجب واستقل به وكملت له تسعة سهام لكان ذلك عدلا . ولكن ما ذكرناه هو الحكم الذى تقرره قاعدة التوزيع الواردة فى المادة ٣٠

٢٠٣ — و إكمال النصيب الذى كان يجب للأصل إنما يكون حينما يكون الفرع وارثاً للواقف ويكون نصيبه أقل مما كان يجب لأصله لو كان موجوداً ، أما إذا كان نصيبه مثل نصيب أصله أوأكثر منه فلا يملك الواقف أن يمس الأنصبة الواجبة من أجله إذ لا نقص هناك يبغى إكماله . فلو كان الواقف قد وقف ثلث ماله على جهات خيرية أو على أجانب فى عقدة مستقلة ثم وقف الثلثين وكان ورثته بنته وابن ابنه أو بنت ابنه الذى مات فى حياته لا وارث له سواهما كان له أن يعطى لولد ابنه من الاستحقاق فى الوقف الثانى فوق ما هو واجب له بالقدر الذى يشاء حتى يبلغ به سبعة أتساع هذا الاستحقاق وليس له أن يتجاوز ذلك لأن التسعين حق واجب لبنته على تقدير حياة أخيها والد هذا الولد ، و إذا كان ورثته بنتيه وابن

ابنه كان له أن يبلغ بابن الابن نصف هذا الاستحقاق وليس له أن يتعدى هذا، وإذا كان ورثته بناته الأربع وابن ابنه لم يكن له أن يمس ما هو واجب للبنات لأن نصيب الأصل ونصيب الفرع سواء، وإذا كان ورثته بناته الست وابن ابنه لم يكن له من باب أولى أن يمس ما هو واجب لبناته لأن نصيب الأصل أقل من نصيب الفرع. وللواقف إكمال نصيب الفرع ليبلغ به نصيب أصله وإن كان من عوامل دخول النقص على نصيبه تقدير وارث آخر أعطى الواقف لفرعه نصيبه، فلو كان ورثته ابنته وابن ابنه وكانت له بنت ماتت قبله ولها ابن أعطاه الواقف من الاستحقاق فى وقف ثلثى ماله بقدر نصيب أمه وترتب على ذلك المساس بالأنصبة الواجبة وانخفاض نصيب ابن الابن من النصف إلى الثلث كان له أن يعطيه بقدر نصيب أصله وهو النصف.

٢٠٤ — والقول فى سريان أحكام هذه المادة وفى الأوقاف التى تطبق عليها وفى عدم استثنائها فى المادتين ٥٧ و٦١ هو بعينه القول الذى أسلفناه فى شرح المادة ٢٨

٥ — أحكام الحرمان الذى لا يجوز

مادة ٣٠ — إذا حرم الواقف أحداً ممن لهم حق واجب فى الوقف بمقتضى أحكام هذا القانون من كل أو من بعض ما يجب أن يكون له فى الوقف أعطى كل واحد من هؤلاء حصته الواجبة ووزع الباقى على من عدا المحروم من الموقوف عليهم بنسبة ما زاد فى حصة كل منهم إن كانوا من ذوى الحصص الواجبة وبنسبة ما وقف عليهم إن كانوا من غيرهم.

ولا يتغير شىء من الاستحقاق إذا لم يرفع المحروم الدعوى بحقه مع التمكن وعدم العذر الشرعى خلال سنتين شمسيتين من تاريخ موت الواقف، أو رضى كتابة بالوقف بعد وفاة الواقف. وينفذ رضاه بترك بعض حقه ولا يمس ذلك ما بقى منه.

٢٠٥ — قاعدة توزيع الاستحقاق :

إذا لم يكن للواقف عند موته أحد من ذوى الاستحقاق الواجب ، أو كان هناك من يجب له استحقاق ولكنه وفاه كامل حقه الواجب له ، أو كان قد وقف على حدة ثلث ماله وما ألحق به أو أقل من ذلك ، فالأمر بَيِّن فى جميع هذه الأحوال ولا شأن لأحكام هذه المادة بشىء من ذلك ، ومتى لم تعرض إلا لوقف ما يزيد على الثلث وما ألحق به ، كان معه فى عقدة الوقف شىء من المقدار الذى للواقف حرية التصرف فيه أو لم يكن ، وفى حالة ما إذا كان هناك أحد من أصحاب الاستحقاق الواجب وحرمه الواقف من كل ما يجب له أو من بعضه . وإذا تعددت الأوقاف التى من هذا القبيل نظر إلى كل وقف على حدة ولا تجمع هذه الأوقاف ويطبق على مجموعها حكم هذه المادة جملة كما أسلفنا ، وهذا هو السر فى إيراد الوقف فى المادة مفرداً مُحلًّى بأَلْ الجنسية .

والكلام هنا فى الحرمان الذى لا يجيزه القانون وحده . ومن الممكن أن يكون هذا فى الأوقاف السابقة على العمل بالقانون ، وفى الأوقاف اللاحقة له كما إذا لم يكن أحد من أصحاب الاستحقاق الواجب موجوداً عند سماع الأشهاد ثم وجد بعده ، أو كان صاحب الاستحقاق الواجب موجوداً وفات الأمر على من سمع الإشهاد .

والقاعدة فى هذه الحال أن يبدأ أولا بأصحاب الاستحقاق الواجب فيعطى كل واحد منهم حصته الواجبة له طبقاً لأحكام المادة ٢٤ مع مراعاة أحكام المادة ٢٩ فإن كان أحدهم محروماً حرماناً تاماً أعطى جميع حصته الواجبة له ، وإن كانت حصة أحدهم منقوصة أكملت له . وإذا كان الوقف لم يرد إلا على ما جاوز الثلث وما ألحق به وليس فيه ما يكون للواقف حرية التصرف فيه فقد انتهى الأمر واستبد أصحاب الاستحقاق الواجب باستحقاق هذا الوقف يوزع عليهم بالمقادير الواجبة لهم ويحرم منه من عداهم . أما إذا كان الوقف قد اشتمل مع هذا على شىء مما يكون للواقف حرية التصرف فيه فإن استحقاقه يوزع على الموقوف عليهم أى

الذين وقف عليهم الواقف هذا الوقف ، كان فيهم أصحاب الاستحقاق الواجب أو بعضهم أو لم يكن من بينهم أحد منهم ، توزيعا نسبيا ، فيساهم فيه من أصحاب الاستحقاق الواجب من وقف عليهم وأعطوا أكثر مما يجب لهم بقدر ما زاد على حصتهم الواجبة ويساهم فيه غيرهم بقدر ما أعطوا كائناً ما كان . فمن كان من ذوى الاستحقاق الواجب وأعطاه الواقف حصته الواجبة ولم يزده شيئاً أو أعطاه بعض هذه الحصة وحرمه من بعضها الآخر أو حرمه من جميع حصته ، لا يأخذ من هذا الاستحقاق شيئاً ويستقل به من عداهم ويوزع عليهم بنسبة ما جعله الواقف لكل منهم .

وقد نظر الشارع فى هذا التوزيع إلى أن ما يعطى لغير ذوى الاستحقاق الواجب وما يزيد على الأنصبة الواجبة كله من الاستحقاق الاختيارى وفى درجة واحدة من القوة واعتبر أن ما يبقى بعد الحصص الواجبة أشبه شىء بما يبقى من الوقف إذا بطل بعضه لاستحقاق بعض أعيانه أو لرده ممن يتوقف على إجازته أو لبيع بعض أعيانه قضاء للدين فأعطى الاستحقاق الزائد على الحصص الواجبة حكم الاستحقاق فى الوقف الذى بطل بعضه بسبب من هذه الأسباب . والاستحقاق الذى جعل للفروع التى مات أصولها طبقاً للمادة ٢٩ كله استحقاق اختيارى وليس له قوة ولا فضل على أى استحقاق اختيارى آخر ، وكونه مما يجوز أن تمس به الأنصبة الواجبة لا يخرجه عن كونه استحقاقاً اختيارياً ولا يجعل له مزية وتقدماً على غيره . وتصريح هذه المادة بأن الباقى بعد الحصص الواجبة يوزع بهذه الطريقة يقضى بأن ما يؤخذ من الأنصبة الواجبة مراعاة للفروع التى مات أصولها فى حياته يدخل فى التوزيع ويوزع بهذه النسبة فإنه مما يندرج تحت الباقى بعد الحصص الواجبة والنص فى هذا صريح لا يحتمل التأويل ، ولو أن الشارع اختص به من أخذ من الحصة الواجبة لأجله لكان عدلا وكان متسقاً مع الحكم بأن الأنصبة الواجبة لا تمس إلا بجعل هذا المقدار لفرع من مات دون غيره ، ولكنه لم يصنع ذلك فتبين أنه يفرق بين الجعل لغيره وبين أخذ غيره منه تبعاً وبحكم المزاحمة .

٢٠٦ – (١) فلو وقفت كل مالها على نفسها ثم على زوجها وذريته وقفاً صحيحاً ثم توفيت بعد العمل بهذا القانون وكان ورثتها زوجها الموقوف عليه وابنها من غيره ولا وارث لها سواهما استحق ابنها ثلاثة أرباع ثلثي الوقف ، أى نصف الوقف ، استحقاقاً واجباً ينتقل من بعده لذريته وجوباً فإن مات ولا ذرية له عاد استحقاقاً اختيارياً عمل فيه بشرط الواقفة وأحكام هذا القانون ، ويستحق الزوج سدس الوقف استحقاقاً واجباً والثلث استحقاقاً اختيارياً ولا يستحق الابن فى هذا النصف شيئاً لأنه كان محروماً حرماناً كلياً . ولو أنها كانت جعلت لابنها الربع ولزوجها ثلاثة الأرباع استحق الابن النصف وجوبا واستحق الزوج السدس والثلث على ماذكرنا ولاحق للابن فيما زاد على الثلثين لأنه أعطى أقل من نصيبه . ولو أنها جعلت للابن النصف وللزوج النصف نفذ ما صنعت ولا يأخذ الابن من الثلث شيئاً لأنها لم تجعل له أكثر من حصته الواجبة فليس له زيادة يساهم بها فى الثلث

(٢) ولو أنه وقف كل ماله على نفسه ومن بعده على أولاده بالسوية بينهم ثم توفى عن زوجة لا ذرية لها منه ولها ذرية من غيره وابن وتسع بنات وكانوا هم ورثته ولا وارث له سواهم فإذا فرض أن الاستحقاق ينقسم إلى ٢٦٤ سهما كان ثلثاه ١٧٦ سهما . والزوجة محرومة والابن يستحق طبق شرط الواقف ستة وعشرين سهما وخمسى سهم بينما الواجب له ٢٨ سهما فهو محروم من بعض نصيبه ، فتعطى الزوجة ثمن الثلثين ٢٢ سهما استحقاقا واجباً ، ويقسم باقى الثلثين على الابن والبنات للذكر مثل حظ الأنثيين فيأخذ الابن ٢٨ وكل بنت أربعة عشر ، أما الثلث فيقسم على البنات التسع بالتساوى لأن الزيادة على الأنصبة متساوية ولا يستحق فيه الابن شيئاً لأن الواقف كان قد أعطاه أقل من نصيبه . وإذا ماتت الزوجة لم ينتقل نصيبها إلى ذريتها لأنه جعله بعدها لأولاده ويعطى للبنات وحدهن بالتساوى لأنه استحقاق اختيارى وهو من الباقى بعد الأنصبة الواجبة .

(٣) ولو وقف قبل العمل بالقانون أربعة أوقاف : أولها أطيان قيمتها حين موته ٢٢٠٠ جنيه على المساجد وثانيها أطيان ومنزل قيمتها حين موته ٤٥٠٠ جنيه

على أبناء ابنه محمد الذى مات قبله بالتساوى . وثالثها أطيان ومنزل قيمتها عند موته ٦٥٠٠ جنيه على أولاده ذكوراً وإناثاً للذكر مثل حظ الأنثيين عدا ابنه عمر. ورابعها أطيان قيمتها عند موته ألفا جنيه على ابنه عمر الذى لم يدخله فى الوقف الثالث . ثم توفى بعد العمل بهذا القانون وترك أطياناً أخرى غير موقوفة قيمتها حين موته ١٦٦٠٠ جنيه ، ونقوداً وحاصلات زراعية وماشية قيمتها ٤٠٠٠ جنيه ، وخلف ابنيه عمر وعليا وبناته فاطمة وزينب وجميلة ونجوى ، وكانوا هم ورثته لا وارث له سواهم ، وخلف أيضاً عثمان وابراهيم ونجية وإحسان وفايزة أولاد ابنه محمد الذى توفى قبله وليس لابنه هذا أولاد سوى ابنيه وبناته الأربع المذكورين . فما وقفه على المساجد لا يحتسب من ماله لأنه وقف ليس له حق الرجوع عنه ، ولما كانت الأوقاف الثلاثة الأخرى له حق الرجوع عنها فإن قيمة ماله عند موته تكون ٣٣٦٠٠ جنيه ، وقيمة ما وقفه ثانياً وثالثاً أحد عشر ألفاً من الجنيهات وهى أقل من ثلث ماله بمائتى جنيه فلا يكون فيها استحقاق واجب ويوزع ريع كل وقف على مستحقيه طبقاً لشرط الواقف ، أما الوقف الرابع فقد اختص به ابنه عمر ، فما قيمته مائتا جنيه من هذا الوقف يخرج من ثلث مال الواقف فلا يجب فيه استحقاق لأحد، وماقيمته ١٨٠٠ يزيد على ثلث ماله ، ولكن لا يجب فيه استحقاق لابنه على ولا لبناته الأربع المذكورات لأنه قد أعطى كلا منهم فى الوقف الثالث بغير عوض أكثر مما يجب له فى الوقف الرابع ، ولا يجب فيه استحقاق إلا لابنه عمر الموقوف عليه ويسلم له جميع استحقاق هذا الوقف ، ويكون استحقاقه لريع ما قيمته ٤٥٠ جنيهاً استحقاقاً واجباً وللباقى استحقاقاً اختيارياً .

وراعى أن عثمان وابراهيم ابنى ابنه محمد اللذين استحقا ريع وقفه الثانى لا يستحقان فى تركته شيئاً من طريق الوصية الواجبة لأنه أعطاهما من طريق هذا الوقف بغير عوض أكثر مما كانا يستحقانه فى نصيب أبيهما من التركة لو أنه كان حياً حين وفاة الواقف . أما بنات محمد الثلاث فلهن ما يستحققنه فى التركة من طريق الوصية الواجبة طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٦ من قانون الوصية .

٤ — ولو أن محمدا كان يملك ٤٣٢ فدانا فوقفها على نفسه ثم من بعده يكون لزوجته فاطمة ثلث ربع هذا الوقف ولعلى ابن ابنه ابراهيم المتوفى ثلثه ولإحسان بنت بنته نجية المتوفاة ثلثه، ثم تزوج بعد الوقف دولت وولد له منها فائزة، ثم توفى ووقفه على حاله لم يغير فيه ولم يكن له مال سوى الأرض الموقوفة وكان ورثته زوجتيه فاطمة ودولت و بنته فائزة وعليا ابن ابنه أبراهيم ولا وارث له سواهم، فإذا فرض أن الاستحقاق ينقسم إلى ١٤٤ سهماً كان ثلثاه ٩٦ سهماً يجب لفاطمة منها ستة سهام، ولكن الواقف جعل لها ٤٨ سهماً، و يجب لدولت ستة، وهى محرومة، و يجب لبنته فائزة ٤٨ سهماً ،وهى محرومة أيضا، و يجب لابن ابنه باقى الثلثين وهو ٣٦ سهماً، وقد جعل له الواقف ٤٨ . هذا هو أصل الاستحقاق الواجب وقد زاد الواقف زوجته فاطمة على ما يجب لها ٤٢ سهماً وزاد ابن ابنه ١٢ وأعطى بنت بنته المتوفاة قبله ٤٨ سهما،وكان فى الزيادتين وما أعطى لبنت البنت مساس بالاستحقاق الواجب، فيجب أن ننظر فيما يخرج من ذلك من الثلث، ونبدأ بما بدأ به الواقف فى الذكر وننظر إليه كما لو كان الواقف وقفه أولا فى عقدة مستقلة، فنجد أنه بدأ أولا بالزوجة وأعطاها زيادة قدرها ٤٢ سهماً وهى تخرج من الثلث،وثنى بابن الابن فزاده ١٢ سهماً،وهذه الزيادة يخرج نصفها فقط من الثلث،فتبين أن المساس بالأنصبة الواجبة كان فى نصف ما زاده لابن ابنه وفيما جعله لبنت بنته وهما المتأخران فى الذكر،فيقدر ابنه و بنته موجودين ليعرف المقدار الذى يمكن أن يؤخذ من الأنصبة الواجبة، ومتى قدرناهما انخفض نصيب فائزة من نصف الثلثين،٤٨سهماً، إلى ربع باقيهما وهو٨٤ سهما، فيكون الواجب لها عند تقدير الأصلين ٢١ سهماً لاغير.

و بناء على هذا تأخذ كل من فاطمة ودولت ستة سهام استحقاقا واجبا أى أن كلا منهما تأخذ استحقاق ١٨ فدانا، وتأخذ فائزة سهامها الواجبة أى استحقاق ٦٣ فدانا، و يأخذ على ٣٦ سهماً استحقاقا واجبا لانه بتقدير الأصلين لا يتأثر الواجب له لأنه يستبعد ويحل أصله محله فيصون الواجب له عن النقصان بسبب انخفاض نصيب البنتين فيكون له ١٠٨ فدان استحقاقا واجبا والباقى وهو

٧٥ سهماً توازى ٢٢٥ فدان توزع على فاطمة وعلى و إحسان بنسبة ٤٢ : ١٢ : ٤٨ . وهى الزيادة فى نصيب الأولين وما جعل للثالثة . ولاحق فيها لكل من دولت وفايزة لأنهما كانتا محرومتين من الواقف[1] .

وقد قدمنا طائفة من الأمثلة فى شرح المادة ٢٣ وما بعدها لسنا فى حاجة معها إلى الزيادة من الأمثال فيها ، وفيما ذكرناه هنا كفاية وغناء .

٢٠٧ — نفاذ هذا الحرمان

أحكام الفقرة الثانية من هذه المادة ترشدنا إلى أن الشارع لا يريد من عدم جواز الحرمان من النصيب الواجب فى الاستحقاق الوارد بالمادة ٢٥ عدم الصحة وبطلان التوزيع حتما متى جاء وقت الاستحقاق ، وإنما يراد منه توقف ذلك على إجازة صاحب الحق ، فان أجازه نفذ ووزع الاستحقاق طبقا لما صنع الواقف ، وإن لم يجزه بطل من أصله وتأكد بذلك عدم صحته من أول الأمر . وقد بين الشارع ما تكون به الإجازة ، وهو أمران :

الأول — رضا المحروم صراحة بما صنعه الواقف من حرمانه فمتى حصل منه هذا الرضا سقط حقه فى الاعتراض وجاز تصرف الواقف فى نصيبه من الاستحقاق ، فالرضا بالحرمان إبطال للحق الذى أوجبه له القانون ورد له وهو كرد الموقوف عليه الوقف قبل القبول ففى كل منهما إبطال للحق و إسقاطه بعد ثبوته وقبل تأكده ولا يختلفان إلا فى مصدر هذا الحق ، ففى الرد مصدر الحق الذى رُدّ هو إرادة الواقف ، وهنا مصدره حكم القانون ، واختلاف مصدر الحق لا أثر له فى اتفاق طبيعتى الرد والرضا .

---

(١) هذا المثال هو بعينه المثال الوارد بالمذكرة التفسيرية ، ولكن النصيب الذى ذكر هناك على أنه واجب لفائزة يختلف عما ذكر هنا انه واجب لها . والسر فى ذلك أن المثال كتب فى المذكرة بناء على ما قررته لجنة التنقيح من اشتراط أن يكون الفرع الوارد بالمادة ٢٩ غير وارث ، أما الفرع الوارث فلا يملك الواقف أن يجعل له ما يمس النصيب الواجب وإن كان إكمالا لنصيب أصله ، وهذا يقتضى حتما أن أصل الفرع الوارث لا يقدر بحال ، ولذا لم يقدر وجود إبراهيم والد على . ولما عدلت اللجنة عن هذا الشرط فى اللحظة الأخيرة أدخل على المذكرة التعديل المناسب فى التفسير الخاص بالمادة ٢٩ وفات التنبه إلى إدخال التعديل المناسب على هذا المثال الوارد فى التفسير الخاص بهذه المادة .

ومن شرط هذا الرضا أن يكون بالكتابة ، فلا يكفى فيه الرضا الشفوى غير المكتوب ولا يؤثر مثل هذا الرضا فى حقه ولا يمنعه من المطالبة به. وا كتفى القانون باشتراط الكتابة فى تحقق هذا الرضا ولم يحتم فيها نوعا معينا ، فليس من الشرط أن يكون الرضا بكتابة رسمية أو عرفية مصدق على التوقيع عليها ولا أن تكون كلها بخطه وموقعا عليها منه كذلك ، بل كما يكون بهذه الأنواع يكون بالكتابة العرفية الذى يكتبها الغير ويوقع هو عليها بالتوقيع الذى يقره القانون فى حجية الأوراق .

ومن شرط هذا الرضا أن يكون بعد وفاة الواقف ، فلا عبرة برضا المحروم قبل وفاة الواقف لأنه إسقاط للحق قبل وجوبه وذلك لا يجوز طبقاً لما قرره فقهاء الحنفية فى مواطن كثيرة منها إجازة الوصية قبل موت الموصى . وما بعد الوفاة ظرف ممتد ، والقانون لم يحدد وقتا منه ليقع فيه الرضا فهو لم يشترط أن يكون ذلك فور الوفاة ولا أن يكون خلال مدة معينة بعد الوفاة فمتى كان فى أى وقت بعد الوفاة كان مقبولا ، على الفور كان أو على التراخى ، ما دام حقه قائماً ولم يسقط بعدم رفع الدعوى فى المدة المعينة عند الحاجة إليها . غير أنه يجب أن يكون ذلك قبل تناوله الاستحقاق من الوقف وتقرر حقه فيه أو مطالبته به أو صدور ما يدل على عدم إجازته لتصرف الواقف وتمسكه بالحق الذى قرره له القانون ، فإذا صدر منه ما يدل على عدم الرضا بتصرف الواقف ورده فان التصرف يصبح باطلا برده هذا فلا يملك تصحيحه بالرضا بعد أن صار باطلا ، إذ الباطل لا ينقلب صحيحاً ولا يعتبر رضاه بالتصرف بعد رده على هذا الوجه وتقرر حقه ألا تنازلاً عن الاستحقاق وتنازل المستحق عن استحقاقه بعد تقرره باطل بحكم الفقه و بنص المادة ٢٠ من هذا القانون ، أما الرضا قبل أن يحصل منه ما يدل على رد التصرف المشتمل على حرمانه فمقبول ولا يعتبر من قبيل التنازل عن الاستحقاق بل هو رد لحقه فى الوقف الذى أوجبه له القانون و إسقاط له من البداية وهو يملك ذلك فإن الأصل فى الحقوق المجردة أنها تسقط بالإسقاط . وليس فى أحكام هذا القانون ما يمنع من أن تكون إجازة هذا التصرف من طريق الرضا به نظير عوض يتناوله

من يسقط حقه وكذلك ليس فى أحكام الفقه ما يمنع من ذلك فمن المعروف أن الإسقاطات كما تكون بدون عوض تكون بعوض كالطلاق والعتق ، وليس هذا كالفراغ عن الاستحقاق الذى تكلم فيه المتأخرون من فقهاء الحنفية فإن الفراغ من باب التنازل عن الاستحقاق وما هنا من قبيل رد الوقف لا من باب التنازل عن الاستحقاق فيه .

والرضا مما يتجزأ فللمحروم أن يرضى بالتصرف ويترك جميع ما يجب له وله أن يرضى بترك بعضه دون البعض الآخر . وإذا ترك بعض حقه فقط فإن ذلك لا يمس ما بقى منه فإذا طالب بهذا الباقى كان له ذلك ويعطى من نصيبه القدر الذى استبقاه ولم يتركه ويوزع ما عداه على الباقين بالنسب التى بينت سابقاً .

٢٠٨ — الثانى : رضا المحروم وإجازته لما صنع الواقف ضمنا . وذلك لا يكون إلا بسكوته عن المطالبة القضائية بحقه وعدم رفع الدعوى بذلك مع التمكن وعدم العذر الشرعى خلال سنتين شمسيتين من تاريخ موت الواقف . فإذا بدأ بالمطالبة بحقه عقب وفاة الواقف وأنكر عليه هذا الحق أو منع منه على أى وجه واستمر هو فى المطالبة به ولكنه لم يركن الى المطالبة القضائية ولم يرفع الدعوى به حتى مضت هذه المدة سقط حقه فى الاعتراض . ولا تقبل دعواه بعد ذلك وينفذ تصرف الواقف ولا يتغير شىء من الاستحقاق فى الوقف بسبب الحق الذى كان واجبا له وسقط ولا تغنى مطالبته غير القضائية بهذا الحق ويعتبر مجيزا للتصرف بسبب تقاعده عن رفع الدعوى فى الموعد المحدد لها . ومن البديهى أن السكوت عن رفع الدعوى لا يعتبر إجازة للتصرف وإسقاطا للحق إلا إذا كانت هناك حاجة إليها وكان يملكها أما إذا لم تدع إليها الحاجة فإن الحق لا يسقط بعدم رفعها فى تلك المدة ويبقى قائما ، فإذا كان ناظر الوقف ومستحقوه معترفين له بهذا الحق ولا ينازعون فى وجوب الاستحقاق له وتناوله فعلا فإنه لا يكون فى حاجة إلى هذه الدعوى ولا يسقط حقه إذا لم يرفعها فى الموعد المحدد وكذلك إذا كانوا معترفين بهذا الحق غير منازعين فيه ولم يأخذه هو لسبب من الأسباب ولكنه يعلن تمسكه

بحقه ، فلو أنهم كانوا مسلمين بوجوب الاستحقاق له وبقدر نصيبه وامتنع عن تناول حصته لنزاع بينهم على حساب الوقف ومقدار ما أغل وما أنفق فى سبيل استغلاله ولم يتجاوز النزاع بينه وبينهم هذه الدائرة ومضت المدة ولم يرفع الدعوى بحقه فانه لا يسقط لعدم الحاجة إلى التقاضى فى ذلك وثبوت حقه أمر قرره القانون ولا يتوقف ثبوت هذا الحق له على القضاء وإذا اعترف له بوجوب الاستحقاق ونوزع فى مقدار النصيب ومضت المدة ولم يرفع الدعوى بقى حقه فى المقدار المعترف له به وسقط فى القدر الزائد المتنازع فيه . وإطلاق الحكم فى المادة وعدم تقييده بحالة إنكار الحق والمنازعة فيه لا يقتضى سقوط الحق بعدم رفعها إذا كان الحق معترفا به ولا نزاع فيه فليس من الممكن أن ينيط القانون سقوط الحق بعدم رفع الدعوى إلا إذا كان الحال محتاجا إليها أما إذا كان الحق ليس موضع نزاع فانه لا يحتاج إلى الدعوى بل تكون فى هذه الحال غير مقبولة شرعا لأن من شرط صحتها النزاع وليس من المستطاع أن ينيط الشارع الحكم بأمر لا حاجة إليه ولا يملكه المدعى وإذا وقع كان غير صحيح شرعا . فالمراد من الدعوى الواردة بالمادة هى الدعوى المشروعة التى يملكها المدعى وهى لا تكون إلا عند النزاع .

٢٠٩ — ولا يسقط حق المحروم بعدم رفع الدعوى فى الموعد المحدد إلا مع التمكن وعدم العذر الشرعى ، أى مع التمكن من رفعها وعدم العذر الذى يمنعه من ذلك .

وقد جمعت هذه المادة بين التمكن وعدم العذر مجاراة لنصوص لوائح المحاكم الشرعية المتعاقبة منذ سنة ١٨٨٠ ، فهل هما أمران مختلفان ، أو هما بمعنى واحد ، أو هما متداخلان وأحدهما أعم من الآخر ؟

بالرجوع إلى ما كتبه فقهاء الحنفية الذين تكلموا فى عدم سماع الدعوى لمضى المدة نجدهم تارة يذكرون العذر ، وتارة يذكرون المانع ، وتارة يذكرون التمكن ، ولم يرد فى كلامهم مايتعلق بالفرق بين التمكن و بين عدم العذر أو عدم المانع ولا مايحدد المعنى المراد من كل منهما ويميزه عن الآخر ، ولكننا نجدهم مع هذا قد تناولوا

بالكلام فى هذا المقام معنيين متمايزين تمام التمايز. أحدهما أن المدة لا تبتدىء إلا من الوقت الذى يكون المدعى فيه مالكا للدعوى ففى دعوى الدين المؤجل لا تبتدىء المدة إلا من وقت حلول الدين وفى دعوى الاستحقاق فى الوقف مرتب الطبقات لا تبتدىء المدة بالنسبة لأحد البطون إلا بعد انقراض البطن الأعلى منه وفى الدعوى على المعسر لا تبتدىء إلا من وقت زوال الأعسار. وثانيهما قيام العذر الذى يمنع من يملك الدعوى من ادعائها كالصغر والجنون والعته وبعد الدار والزوجية وتغلب المدعى عليه. وعلى هذا النمط سارت المجلة العدلية فى المواد (١٦٦٣—١٦٦٨) مع توسع فى العبارة وضرب الأمثال. ولائحة المحاكم الشرعية الصادرة فى سنة ١٨٨٠ جمعت بين تمكن المدعى من المرافعة وعدم العذر الشرعى له فى إقامتها باختصار فى المادة (١٤) وليس لها من الأعمال التحضيرية ما يمكن الرجوع إليه، وقد جارتها فى ذلك لائحة سنة ١٨٩٧ فى المادة (٩٦) وليس فى مناقشة شورى القوانين لهذه اللائحة مايعين على تحديد المراد من هاتين الكلمتين، وعلى هذا السنن سارت لائحة سنة ١٩١٠ فى المادة (٣٧٦) وليس فى المذكرة التى رافقتها ولا فى مناقشات شورى القوانين أى شىء يتعلق بها، وقد استبقى تعديل سنة ١٩٣١ نص هذه المادة فى المادة (٣٧٥) وليس فى محاضر التعديل شىء يتعلق بهذه المادة لأن التعديل لم يتناولها. ولائحة المحاكم الشرعية لم يكتب عنها إلا مذكرات لطلاب مدرسة القضاء وتخصص القضاء ولم يعن أحد ممن كتبوا فى ذلك ببحث هذا الموضوع وإن كان شرح الأستاذين أحمد قمحة بك وعبد الفتاح السيد بك واضح المسلك، بل يكاد يكون صريحاً، فى أن التمكن وعدم العذر شىء واحد[1] ومشروع القانون المدنى المصرى قد نهج منهج فقهاء الحنفية والمجلة العدلية فى التقادم المسقط (المادتين ٣٩٤ و٣٩٥ من المشروع) والتقادم المكسب (١٠٤٨).

من هذا الاستعراض يتضح أن الشارع منذ صدور لائحة سنة ١٨٨٠ عمد إلى الاختصار وجمع المعنيين اللذين تناولهما الفقهاء وتناولتهما المجلة العدلية فى هاتين

(١) ص ٥١٨ «طبعة النهضة سنة ١٩٢٣».

الكلمتين الموجزتين ، التمكن وعدم العذر ، وأنه يريد بالتمكن من المرافعة أو رفع الدعوى أن يكون المدعى مالكا للدعوى بأن يكون حقه فى الادعاء قد ثبت وحل ، أما إذا لم يكن وقت المطالبة بهذا الحق قد حل أو كان قد حل ولكن لا يمكنه أن يطالب بالحق مطالبة قضائية صحيحة لعدم النزاع فيه فإنه لا يكون متمكناً من رفعها ، ويريد من الأعذار الموانع التى تمنعه من الادعاء مع أنه يملكه . أما مسلك شارحى اللائحة فلست أراه صوابا . ومعنى الكلمتين على هذا الوجه الواضح هو المراد فى هذه المادة التى جرت على سنن تلك اللوائح .

فالمحروم بغير حق لا يسقط حقه بالسكوت عن رفع الدعوى خلال هاتين السنتين إذا لم يكن متمكنا من الدعوى أى غير مالك لها فإذا كان معترفا له بحقه ولا نزاع فيه لا يكون له حق فى الدعوى الصحيحة شرعا ولا يكون متمكناً منها فلا يسرى بشأنه هذا الأجل .

والمحروم بغير حق من ذرية الورثة المبينين بالمادة ٢٤ لا يكون متمكناً من الدعوى إلا فى الوقت الذى يثبت له فيه الاستحقاق وهو وقت وفاة أصله المستحق إن كان هذا المحروم موجودا إذ ذاك أو وقت وجوده بعد موته إن لم يكن موجودا حين موت أصله أو الوقت الذى يسقط فيه حق أصله إن كان محروما بغير حق لرضاه الصريح أو الضمنى ونحو ذلك من الصور . فما لم يجىء هذا الوقت لا يكون المحروم مالكا للدعوى بحق لم يأت وقته فلا يكون متمكنا منها .

٢١٠ — والفقهاء قد ذكروا فى الكلام عن المدة الطويلة الأعذار التى أشرنا إليها آنفا وكلام بعضهم قد يشير إلى الحصر وكلام البعض الآخر يستفاد منه عدم الحصر كما أن التشريعات المدنية وفقهاء القانون المدنى قد أوردوا أعذاراً واختلفوا فى بعضها اختلافا بينا والشارع لا يريد هنا حصراً ولا أعذارا معينة ويريد من العذر كل أمر يكون مانعا للمدعى من الدعوى بحيث يتعذر معه أن يتمكن من رفعها ، وترك ذلك لتقدير القضاء وحده كما أفصح عن إرادته هذه بما جاء بمذكرته التفسيرية إفصاحا بينا ، فإذا أبدى المحروم بغير حق للمحكمة عذرا كالغرق أو انقطاع

المواصلات، أو قيام الثورات، أو إقفال المحاكم، أو أسره، أو نفيه من الديار التى يكون التقاضى بها ، أو جهالته بصدور الوقف ، أو بأمر حرمانه ، أو سلطان المدعى عليه وجبروته ، إلى غير ذلك من الأعذار ، بحثت المحكمة عذره بحثا وافيا فإذا تبين لها أنه حال بينه و بين التقاضى حقيقة اعتبرته معذورا وكانت المدة غير سارية بالنسبة له وإلا قررت رفض عذره واعتبرت المدة سارية . فالمراد من شرعية العذر أن يكون عذراً مشروعا مقبولا مانعاً له من التقاضى لا أنه عذر من الأعذار التى ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية بعينها . وليس من الضرورى أن يكون العذر ماديا ، فكما يكون ماديا يكون أدبيا كعلاقة الزوجية ، فالمدار على كون الأمر مانعا قويا يتعذر معه على المدعى إقامة الدعوى فى الموعد المحدد ومن البين أنه لا يمكن أن يعتبر عذرا عجز المدعى عن الرسوم القضائية ففى المعافاة من تعجيل الرسوم ما يدفع هذا العذر ، ولا خلو الوقف من ناظر عليه يمكن أن يخاصمه ففى وسعه أن يلتجىء إلى محكمة التصرفات طالباً إقامة ناظر على الوقف حتى يتمكن من مخاصمته ، ولا اغتصاب أعيان الوقف كلها طول هذه المدة فان هذا إنما يمنعه من المطالبة بأداء حقه فى الريع ولكنه لا يمنعه من المخاصمة فى إثبات استحقاقه للنصيب الواجب له إذ ليس شرطا فى صحة الدعوى باستحقاق نصيب معين أن يطلب مع ذلك أداء هذا النصيب من الريع كما كان يظن بعض القضاة سابقا .

٢١١ — والمدة التى حددها القانون هى سنتان شمسيتان من تاريخ موت الواقف. ولجنة العدل بمجلس الشيوخ أول عرضة جعلت هذا الأجل سنة شمسية واحدة ، وقام بالمجلس جدل عنيف حول قصر هذه المدة ولكن المجلس استبقاها رغبة فى إنهاء النزاع واستقرار الحال ، وكذلك استبقتها لجنة التنقيح ، ولكن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب رأت أن تجعلها سنتين لأن المحروم قد لا يعرف الشروط المجحفة به إلا بعد مضى فترة طويلة وقد لا يقدم على رفع الدعوى إلا بعد استكمال عناصرها وتبين حقه من الشهادات أو المستندات التى قد يستغرق الحصول عليها بعض الوقت وقد أقر ما ذهبت إليه .

٢١٢ — ولاتبدأ المدة من وقت وفاة الواقف إلا إذا كان الحق ثابتاً للمحروم وقتها كما سبق بيانه فى اشتراط التمكن وعدم العذر. ومن الطبيعى أن المدة تبدأ من حين التمكن أو من حين زوال العذر، وليس من المقبول أن يقال أنه إذا مضت هذه المدة ولم يكن المحروم متمكناً أو كان معذوراً يكون باقياً على حقه مهما طال الأمد حتى يصير ممنوعا من سماع الدعوى طبقاً لقواعد المرافعات أمام المحاكم الشرعية، كما أنه إذا حصل التمكن أو زال العذر أثناء هذه المدة لا يكتفى بالباقى منها بل يجب أن تحسب له مدة كاملة تبدأ من وقت التمكن أو زوال العذر فإن شرطى التمكن وعدم العذر إنما ذكرا لمنع سريان المدة كما هو واضح من روح النص.

٢١٣ — وقد اقتصر القانون ولم يذكر كيفية احتساب هذه المدة ولم أر لفقهائنا فى ذلك كلاماً بالنسبة لمضى المدة وأن ذكروا كيفية الاحتساب فى الحيض والعدة والحضانة وغيرها[1].

---

(١) الآجال الواردة فى الفقه قد تكون بالأيام، وقد تكون بالأشهر أو السنوات.

ا — فإذا كان الأجل بالأيام فقد اختلف فقهاء الحنفية فى حسابه بالساعات كما يعرف من الرجوع الى القهستانى « جـ ١ ٥٠ » وشرح ذخر المتأهلين « ص ٧٧ ».

ب — وإذا كان الأجل بالشهور أو السنين فهى عند الإطلاق قمرية، وقد تكون شمسية كما فى أجل العنين. والسنوات ثلاث: قمرية وهى ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوما وقد تزيد يوما وقد تنقص يوما. وشمسية وهى ثلاثمائة وخمسة وستون يوما. وعددية وهى ثلاثمائة وستون يوما. وجاء فى المحيط أنه إذا اتفق أن عدة الطلاق أو الموت كانت فى غرة الشهر اعتبرت الشهور بالأهلة وان نقصت عن العدد. وإن كانت فى وسط الشهر فعند الإمام تعتبر بالأيام فتعتد فى الطلاق بتسعين يوما وفى الوفاة بمائة وثلاثين يوما وعندهما يكمل الأول من الأخير وما بينهما من الشهور يكون بالأهلة، ومثل هذا مدة الإيلاء واليمين، والأجارة، وسن الرجل إذا ولد أثناء الشهر، وصوم الكفارة إذا شرع فيه فى وسطه فكلها على هذا الخلاف (القهستانى جـ ١ ٣٣٦، ورد المحتار جـ ٢ ٦١١، ٦١٩). وقول الصاحبين أن بقية الشهور تكون بالأهلة من البين أن محله إذا كانت السنة قمرية أما اذا كانت شمسية فإن الشهور تكون شمسية قطعا. ولا نعرف أن أحداً نص على ترجيح أحد القولين والكلام فى الترجيح إذا اختلف الإمام مع صاحبيه معروف.

وإذا طرأ العذر أثناء الأجل فقد وقع خلاف فى احتساب مدته والمفتى به أنها لا تحتسب مطلقاً، شهراً كانت أو دونه أو أكثر منه (رد المحتار جـ ٢ ٦١١)

واليوم الناقص الذى بدأ به الأجل يحتسب إذا كان أول يوم من الشهر وقد نص على ذلك فقهاء الحنفية صراحة (الهندية جـ ١ ٥٢٧) أما إذا كان فى أثناء الشهر فإنى لم أر فيه نصاً ولكن الذى يظهر لى من تتبع أقوالهم، التى لا يتسع المقام لذكرها هنا، أنه لا يحتسب.

ومن مجموع ما قالوه فى هـذه المسائل يؤخذ أنه إذا كان الأجل بالسنوات ووقع بدء الأجل أول شهر احتسبت السنة بالشهور وأن وقع بعد أول يوم من الشهر احتسبت بالأيام وكانت سنة عددية ، ثلاثمائة وستين يوما ، فى بعض المسائل ، واختلف فى البعض الآخر فذهب الإمام أبو حنيفة إلى احتسابها عددية وذهب صاحباه إلى تكملة الشهر الأول من الشهر الأخير ويحتسب ما عدا ذلك بالشهور ، وأن اليوم الذى وقع فيه بدء الأجل إذا كان أول الشهر يحتسب والظاهر أنه لا يحتسب إن لم يكن أول الشهر . وأن الأعذار كما تمنع ابتداء السريان توقفه إذا وقعت بعد بدايته مهما كانت المدة التى تستغرقها على المفتى به فيضم ما قبل مدة العذر إلى ما بعدها ، وهذه الأحكام ، وإن لم تقل فى موضوعنا هذا ، يمكن الاعتماد عليها فى أخذ حكمه منها ، ولكنها على كل حال لا يمكن القول بأنها أقوال فى هـذه المسألة يتعين على القضاء اتباعها طبقاً لأحكام المادة ٢٨٠ من لائحة المحاكم الشرعية . وعندى أنه لا حرج على من يأخذ فى هذه المسائل بما تقرر فى التشريع والفقه المدنى بشأن التقادم المسقط من أن المدة تحتسب بالأيام وأن اليوم الأول يحتسب وأن المدة تكمل بانقضاء آخر يوم منها .

٢١٤ — ولا يسقط حق المحروم بغير حق إذا رفع الدعوى بحقه قبل مضى هذه المدة . والدعوى لا تعتبر مرفوعة إلا من يوم قيدها فى الجدول العمومى (دفتر قيد القضايا) ولكن المادة ٥٩ من لائحة المحاكم الشرعية نصت على أنه لا يترتب على اعتبارها مرفوعة من وقت القيد الإخلال بالحقوق التى تترتب على إعلانها . وفى طليعة هذه الحقوق قطع سريان المدة . وطبقاً للقاعدة التى تتبعها المحاكم الشرعية من أن أعمال الإجراءات التى حددت لها مواعيد لا يجب أن تتم فى هذه المواعيد بل الواجب فقط هو أن يقوم المكلف بالعمل به فى الموعد المحدد له ، طبقاً لهذا لا يجب أن يتم الإعلان ولا قيد الدعوى أثناء هذه المدة ويكفى أن يحصل من المدعى تقديم دعواه لإعلانها فى هذا الموعد فإن ذلك هو الذى يكون فى

مقدوره وهو الذى يمكن الشارع أن يوجه إليه الخطاب بشأنه أما تكليفه بما يعمله غيره حتى إذا لم يتم ضاع عليه حقه وقيل له أن لك أن تطالب بالتعويض فانه شطط لا مبرر له ولكن إذا قدم الإعلان فى الموعد ولكنه لم يعلن أو أعلن ولم تقيد الدعوى لسبب يرجع إلى المحروم فان كل هذا يكون لغواً لا فائدة له منه ويسقط حقه

٢١٥ — وإذا رفع الدعوى فى الموعد المحدد وقيدت فقدصان حقه من السقوط وإن استمر نظرها سنين. وإذا فصل فى موضوعها نهائياً له أوعليه فقد انتهى الأمر. وإذا شطبت أو تقرر وقف السير فيها فانها تعتبرقائمة وإن لم تكن منظورة بالفعل ومتداولة بالجلسات. أما إذا تنازل عنها أو اعتبرت كأن لم تكن فقد ضاع عليه كل حق اكتسبه، وعدم رفعها هو والتنازل عنها واعتبارها كأن لم تكن سواء فى ذلك. ولكن ماذا يكون الحكم لو أنه رفعها وفصل فيها بعدم الاختصاص أو أى فصل آخر شكلى؟. جاء فى مجموعة التركمانى وتنقيح الحامدية ورد المحتار أنه إذا ادعى فى غير مجلس القضاء ومضت المدة لاتسمع لعدم شرط الدعوى، وأنه إذا ادعى عند القاضى مراراً ولم يفصل القاضى الدعوى ومضت المدة المزبورة تسمع لأنه صدق عليه أنه لم يتركها عند القاضى، وأنه لو ادعى فى أثنائها لا يمنع بل تسمع دعواه ثانياً ما لم يكن بين الدعوى الأولى والدعوى الثانية المدة الطويلة. فهم يقررون أن رفع الدعوى أثناء المدة يقطع السريان وتبتدىء به مدة جديدة ولكن بشرط أن يكون ذلك عند القاضى. والمفهوم من هذا أن يكون الادعاء عند القاضى الذى له ولاية الفصل فيها أما من ليست له ولاية الفصل فيها فهو كغيره من المحكمين وسائر الناس لا يقطع التخاصم إليه سريان المدة. والمفهوم من قولهم رفعها مراراً ولم يفصل القاضى فيها أن المراد منه عدم الفصل فى موضوعها وذلك يكون بالفصل فيها بعدم الصحة أو بالقضاء فيها قضاء ترك لعدم تقديم الإثبات الكافى على طريقة الحنفية. ومن هذا يمكننا أن نقول إنه إذا فصل بعدم الاختصاص لا ينقطع السريان أما إذا رفضت لأنه كلف تصحيح وقائعها فلم يصححها أو لأنه تبين أنها ليست على خصم مثلا فان ذلك لا يؤثر فى قطع السريان

وابتداء مدة جديدة أما إذا تقرر رفضها للعجز عن الإثبات فإنه لا يتمكن من رفعها بعد ذلك أبداً طبقاً لقواعد المرافعات أمام المحاكم الشرعية . هذا ما يؤخذ من أقوال فقهاء الحنفية ، ومما هو متبع لدى المحاكم الشرعية[1] .

٢١٦ — والدعوى تشمل الدفع فلو أن الناظر على الوقف كان هو المحروم من نصيبه أو من بعضه فرفع مستحق عليه دعوى يطالبه بالاستحقاق طبق شرط الواقف فدفع الناظر دعواه بأنه لا حق له فيما يطلب لأنه هو من أصحاب الأنصبة الواجبة و بين حقه طبقاً للقانون وطلب رفض دعواه ولم يطلب حكما بنصيبه كفاه ذلك . وكذلك لو لم يكن الناظر هو الدافع ودخل المحروم خصما ثالثاً فى الدعوى ودفعها على هذا الوجه وطلب رفض دعواه لذلك ولم يطلب الحكم بنصيبه ، فإن الدفع دعوى و إبداؤها أمام المحكمة رفع له وترافع به فيصدق عليه أنه رفع الدعوى بحقه خلال المدة المحددة وليس من شرط رفع الدعوى أن يكون من طريق الإعلان وليس من شرط الدعوى أن تشتمل على طلب الحكم بالحق بل يكفى أن يدعى بهذا الحق طلب الحكم به أو طلب الحكم بشىء آخر مترتب عليه .

٢١٧ — وقد أسلفنا أن المحروم الوارد بالمادة هو من حرمه الواقف بغير حق أما إذا كان محروماً من الواقف بحق لسبب من أسباب الحرمان المبينة فى هذا القانون ولم يكن هذا محل نزاع ثم زعم أن سبب الحرمان قد زال وأن استحقاقه قد عاد إليه فإن دعواه لا تخضع لأحكام هذه المادة بل تكون كغيرها من الدعاوى وتخضع للقواعد العامة .

٢١٨ — والرضا بالحرمان صراحة أو ضمناً لا يتعدى أثره من رضى بذلك

(١) كان مشروع القانون المدنى يذهب أولا إلى أن التقادم ينقطع إذا رفعت الدعوى عن غلط مغتفر إلى محكمة غير مختصة . وجاء فى مذكرته الإيضاحية « ولا يحول رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة من جراء غلط مغتفر دون تحقق أثرها فى قطع التقادم ، بخلاف ما يقع فى البطلان المتعلق بالشكل ، ويسقط هذا الأثر ويعتبر كأن لم يكن إذا تنازل المدعى عن دعواه «ترك المرافعة» أو أهملها حتى قضى ببطلان المرافعة أو قضى برفضها لانتفاء الصفة . ثم عدل المشروع وأخذ فيه بانقطاع التقادم إذا رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة بإطلاق ومن غير تقييد بأن يكون ذلك ناشئاً عن غلط مغتفر . والنظريات التشريعية مختلفة فى ذلك أنظر « كامل مرسى باشا : التقادم ، النبذتين ٢٣٢ و ٢٣٣ » .

إلى ذريته فلو أنه كان وارث الواقف وكان من الورثة المبينين بالمادة ٢٤ وحرمه بغير حق ورضى بذلك كتابة بعد موته أو سكت عن رفع الدعوى بحقه حتى سقط ذلك الحق لم يكن لهذا أثر فى الحق الواجب لذريته ، وفرق بين هذا الذى أوجب القانون له الحق وأبطله هو بما يشبه الرد و بين من كان حرمانه صحيحاً فى نظر القانون ، فالأول يقتصر أثر عمله عليه وحده ولا يمنع الوجوب لغيره أما الثانى فإن الحرمان الصحيح أزال عنه وصف كونه من ذوى الاستحقاق الواجب وعن نصيبه وصف الوجوب فليس هناك حق واجب له فى نظر القانون حتى ينتقل إلى ذريته .

ولجنة الخمسة بمجلس الشيوخ حين العرضة الأولى قد ذهبت إلى القول بأن ما يسرى على المحروم يعتبر ملزماً لذريته ومن يتلقى الحق عن طريقه وعدلت النصوص على هذا الوضع . وقد ثارت حول هذا بالمجلس مناقشة قوية طويلة وكان من حجة المعارضين أن ذريته تتلقى الحق عن الواقف لا عنه فليس له أن يبطل حقها برضاه أو بسكوته وكان من حجة الآخرين أن هذا يقلل من أثر الرجعية ومن المشكلات وهو أقرب إلى الاستقرار . والحكومة رأت أنه لا مانع من تعديل المادة واستبعاد ذلك الحكم . والمجلس قرر ذلك وعدل المادة [1] . ثم حصلت محاولة لفتح باب المناقشة فيها فلم تفلح [2] .

٢١٩ — والرضا بالحرمان كتابة بعد موت الواقف إجازة لتصرف الواقف وردّ للحق الذى أوجبه القانون للمحروم فهو من التبرعات ، فلا يملكه المحجور

---

(١) هذه المادة كانت المادة ٦٤ من المشروع الأول ونصها :

« لا تطبق أحكام ٢٤ و ٣٠ و ٥٦ بالنسبة للمحروم وذريته إذا رضى المحروم كتابة بالوقف بعد وفاة الواقف أو تصالح مع المستحقين على ترك حقه أو لم يرفع الدعوى بحقه مع التمكن وعدم العذر الشرعى فى مدة سنة شمسية من تاريخ موت الواقف إن كان الواقف حياً عند العمل بهذا القانون ، ومن تاريخ العمل به إن كان الواقف ميتاً عند ذلك . أما إذا كان الصلح مع المستحقين أو بعضهم على ترك بعض حق المحروم فقط فإن الصلح يكون نافذاً فى حدود ما تم الاتفاق عليه بدون مساس بالباق . وكل ما يسرى على المحروم فى الأحوال المبينة بهذه المادة يعتبر ملزما لذريته ومن يتلقى الحق عن طريقه »

وقد عدلها المجلس بحذف العبارات التى وضعت تحتها الخطوط .

(٢) أنظر جلستى ١١ و ١٢ يوليه سنة ١٩٤٤

عليه للسفه ومن فى حكمه ولا غيرهم من المحجور عليهم ولا من له الولاية على مالهم ، أبا كان أو جدًا أو وصياً ، ولا الوكيل عن الغائب . وأمر هذا بين إذا كان الرضا بدون عوض . أما إذا كان بعوض فالواجب أن يخضع لقواعد المعاوضات ، ولا يشكل على هذا ما قرره فقهاؤنا فى خلع الصغيرة والسفيهة فإن السبب فى عدم لزوم بدل الخلع إذا كان من مالها ليس عدم صحة المعاوضة عن الإسقاط بل سببه أن ملك النكاح ليس متقوماً عند خروجه فكان البدل من قبلها مالاً ومن قبل الزوج غير مال فلا يلزمها المال فى مقابلة ما ليس بمال ولا حق مالى ، أما هنا فالعوض الذى يأخذه عديم الأهلية مال فافترقا .

أما سكوت ولى المال أو وكيل الغائب عن رفع الدعوى حتى مضى الميعاد المحدد فإنه يخضع لتقدير الأعذار ، فإن ذهبت المحكمة فى تقديرها إلى أن عدم الأهلية والغيبة عذر يوقف سريان المدة ، وإن كان هناك ولى للمال أو وكيل عن الغائب ، فقد انتهى الأمر . وإن رأت أنه لا يعتبر عذراً مع وجود الولى أو الوكيل فإنها تبحث فى إهماله فإن رأته عذراً فلا سريان وهو باق على حقه ، وإن لم تره عذراً فقد سقط الحق بإهماله . ومن البعيد مع الإطلاق فى الأعذار وترك تقديرها إلى المحكمة أن يذهب أحد إلى أن عديم الأهلية أو الغائب الذى أصيب بولى أو وكيل مهمل لا يكون معذوراً ، أما إذا كان تركه للدعوى لم ينشأ عن إهمال ونشأ عن ضرورة حالت بينه و بين رفع الدعوى فعدم السريان أمره بين .

٢٢٠ — وأحكام هذه المادة لا تسرى على الأوقاف التى لا تسرى عليها المادة ٢٤ وتسرى على الأوقاف التى تسرى عليها فى الحوادث السابقة والحوادث اللاحقة ، فهى تسرى على الحرمان الذى حصل قبل العمل بهذا القانون ، كان من حين الوقف أو من طريق التغيير ، وعلى الحرمان الذى يحصل بعد العمل به فى الأوقاف السابقة على ذلك وهذا لا يكون إلا من طريق التغيير ، ولا يؤثر فى ذلك استثناء شرط نفاذ التغيير الوارد بالمادة ٥٦ فقد عرفت ما فيه .

٢٢١ — أقوال الفقهاء : الحد من حرية الواقف وإيجاب الاستحقاق للورثة المبينين بالمادة ١٤ وذراريهم قد تكفلت المذكرة التفسيرية بإيراد جميع مايتعلق به من أقوال الفقهاء مفصلا تفصيلا بينا لسنا معه فى حاجة إلى إيراد شىء آخر فنكتفى هنا بتوجيه النظر إليه .

وحرمان القاتل من الاستحقاق فى وقف من قتله مأخوذ من أقوال فقهاء الحنفية ، وإذا كنا لا نعرف حتى الآن أحداً منهم قد عرض بشىء ما لهذا الموضوع بخصوصه فإنهم قد قرروا أن الوصية لا تجوز لقاتل الموصى ، كانت الوصية له بالأعيان أو بالمنافع، وقرروا أن جعل الاستحقاق فى الوقف وصية بالمنافع و بالغلات وأجروا على الاستحقاق فى الوقف أكثر أحكام الوصية ، بل أحكام الاستحقاق فى الوقف يكاد يكون مصدرها الوحيد هو أحكام الوصية والتفريع عليها ، وقرروا فى صراحة أن الوقف فى هذا يستقى أحكامه من الوصية . ومن هذا يخرج أن الموقوف عليه موصى له بالمنفعة والغلة فاذا قتل الواقف كان ذلك قتلا من الموصى له للموصى فلا تجوز الوصية له ، رضى بذلك المقتول أو ولى دمه أو لم يرضوا . هذا إذا كان الواقف قدوقف عليه أما إذا لم يكن قد وقف عليه فان عدم الوجوب له إذا كان من ورثته أو حرمانه إذا لم يكن منهم ليس إلا استبقاء لمذهب الحنفية الذى لايرى وجوب الاستحقاق .

والحد من حرية الواقف و إيجاب الأنصبة لذوى الاستحقاق الواجب مخالف لمذهب الحنفية وأخذ فيه بآراء الفقهاء الآخرين الذين ذكرتهم المذكرة التفسيرية ، أما أحوال الحرمان الواردة فيما عدا المادة ٢٦ فإنها استبقاء لأحكام مذهب الحنفية وهى متفقة معه .

والحد من حرية الواقف فيما زاد على الثلث كان محل أجماع فى لجنة الأحوال الشخصية ولكنه لقى مقاومة فى لجنة العدل و بمجلس الشيوخ فى العرضة الأولى .

ولجنة الأحوال الشخصية ذهبت إلى أن الأصل حماية الورثة على الإطلاق

وجعلت اختصاص الوارثين من الذرية والزوجين والوالدين بالاستحقاق استثناء ، أما مجلس الشيوخ فلم يَحْمِ إلا هذا النوع من الورثة ولم يحم وارثا آخر سواهم .

أما رجعية هذه الأحكام وتطبيقها على الأوقاف السابقة فكان فى جميع المراحل محل مناقشة حادة وجدل عنيف ووجهات النظر فيها قد بينت بيانا وافيا فى المذكرة التفسيرية .

أما الأطوار التى مرت بها أحكام هذا الباب فيكفى فيها مقارنة موادالمشروع الأول بمواد هذا القانون(١) .

---

(١) ليتمكن قارىء هذا الشرح من المقارنة نورد له هنا مواد المشروع الأول التى لم يسبق لنا إيرادها وهى :

مادة ٢٨ — يبطل الوقف فيما يزيد على ثلث مال الواقف ، اتحد وقفه أو تعدد ، إذا حرم الواقف ورثته كلهم أو بعضهم أو قدم غيرهم عليهم أو قدم بعضهم على بعض فى الاستحقاق أو جعل الوقف من بعدهم لغير أولادهم أو لبعض أولادهم دون البعض الآخر ، أشرك مع الورثة غيرهم فى الاستحقاق أو لم يشرك ويكون ربع الثلث بين الموقوف عليهم بالمحاصة بنسبة أنصبائهم فى الوقف .

مادة ٢٩ — إذا كان الوقف على جميع ورثة الواقف وفضل بعضهم على بعض فى الاستحقاق بأكثر من نصيبه فى الإرث بما يزيد على ثلث ماله اتحد وقفه أو تعدد بطل وقف الزائد على الثلث فيما فضلهم به ، وإن كان الوقف عليهم وعلى غيرهم بطل وقف ما زاد على ثلث مال الواقف مما فضلهم به ومما وقفه على غيرهم .

ويتحاص الموقوف عليهم فى ريع الثلث بنسبة ما فضلهم به الواقف بأكثر من نصيبهم فى الإرث إن كانوا من الورثة ، وبنسبة ما وقف عليهم إن كانوا من غيرهم .

مادة ٣٠ — استثناء من أحكام المادتين السابقتين لا يبطل شىء من الوقف إذا جعله الواقف على ذريته الوارثين ، وأحد الزوجين ، وأبويه ، أو أحدهما عند عدم الآخر ، أوجعله على ذريته الوارثين فقط عند عدم وجود أحد من الأبوين والزوجين أو انقراضهم .

وإذا فضل بعضهم على بعض بأكثر من نصيبه فى الإرث بما يزيد على ثلث ماله بطل الزائد على الثلث وكان تركة .

مادة ٣١ — فى المواد ٢٨ ، ٢٩ ، ٣٤ ، ٥٣ تكون العبرة بقيمة ثلث مال الواقف عند موته .

ويدخل فى تقدير ماله الأوقاف التى تشملها المادة ٥٣ والأوقاف التى تمت بعد العمل بهذا القانون .

مادة ٣٢ — مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٣١

إذا ترتب على الوقف منع أحد من أصحاب الوصية الواجبة عند موت الواقف ممايستحقه=

....

= طبقاً لأحكامها فى تركة الواقف لو لم يقف ، بطل من الوقف بقدر مابقى بحقه وصار ملكا له .

وإذا كان الواقف قد أخر استحقاق أحد أصحاب الوصية الواجبة فى الوقف عن وقت موته بطل الوقف عليه .

مادة ٣٣ — لا تطبق أحكام الوصية الواجبة على تركة الواقف إذا جعل لأصحابها فى وقفه نصيباً يساوى قدر وصيتهم ، وإن كان أقل منها لا يستحقون فى تركته أكثر مما يكمل هذه الوصية .

وإذا انتهى الوقف كان ما وقف عليهم ملكا لهم أو لورثتهم فى حدود الوصية الواجبة .

مادة ٣٤ — (انظر ص ٤٠١)

مادة ٥٣ — الأوقاف التى صدرت قبل العمل بهذا القانون ولا يزال واقفوها أحياء أو التى لم يمض على وفاة واقفيها أو التغيير فى مصارفها بعد وفاة الواقف أكثر من ثلاث وثلاثين سنة تطبق عليها الأحكام الآتية مع مراعاة ما نص عليه فى المادة ٥٤

أولا — إذا كان للواقف عند موته ذرية وارثون وحرمهم من الوقف هم أو ذريتهم أو حرم بعضهم أو بعض ذريتهم بطل الوقف فيما يزيد على ثلث ماله عند موته .

ثانياً — إذا وقف على جميع ذريته الوارثين عند موته ونسلهم وعلى أجانب غير وارثين بطل مما وقفه على الأجانب غير الوارثين ما يزيد على ثلث ماله عند موته .

ثالثا — اذا وقف على جميع ذريته الوارثين عند موته ونسلهم — أشرك معهم أجانب غير وارثين أم لم يشرك — وفاضل بين الذرية الوارثة بأكثر من الأنصبة الشرعية بطل مما فضل به بعضهم على بعض ومما وقفه على الأجانب غير الوارثين ما يزيد على ثلث ماله ، وتحاص المفضلون والموقوف عليهم من الأجانب غير الوارثين فى غلة الثلث .

وفى جميع الأحوال المتقدمة لا يبطل شىء من الوقف إلا إذا كان أحد من ذريته الوارثين ممن حرمهم أو حرم ذريتهم أو أشرك معهم غيرهم أو فضل غيرهم عليهم ، أو أحد من ذريتهم موجوداً عند العمل بهذا القانون وكان ممن يرثون فيما يبطل من الوقف .

وما يبطل من الوقف يكون ملكا لمن يرثه من غير أن يكون للملكية أثر رجعى فى الغلات السابقة على العمل بالقانون .

على أنه إذا كان أحد من أولاد الواقف لصلبه ممن حرمهم أو حرم ذريتهم أو أشرك معهم غيرهم أو فضل غيرهم عليهم على وجه ماسبق موجوداً عند العمل بهذا القانون فلا يشترط فى تطبيق الأحكام المتقدمة مضى مدة معينة على وفاة الواقف أو التغيير فى مصارف الوقف .

مادة ٥٤ — فى الأحوال المبينة فى المادتين ٢٨ و ٢٩ لا يبطل الوقف فيما يزيد على ثلث مال الواقف بالنسبة لمن رضى به من الورثة بعد وفاة الواقف بقدر نصيبه فيه .

ولا يبطل شىء من الوقف فى الحالتين الآتيتين :

١ — إذا مات الواقف بعد العمل بالقانون ورضى به ذريته الوارثون الذين حرمهم أو حرم ذريتهم أو أشرك معهم غيرهم أو فضل غيرهم عليهم . =

... ...

= ٢ — إذا كان الواقف ميتاً عند العمل بالقانون ورضى به من يكون موجوداً عند العمل به من ذريته الوارثين الذين حرمهم أو حرم ذريتهم أو أشرك معهم غيرهم أوفضل غيرهم عليهم ومن يكون موجوداً من ذريتهم الذين يرثون فيما يبطل من الوقف .

وفى جميع الأحوال المتقدمة لايصح الرضا إلا ممن كان أهلا للتصرف . ويعتبر راضياً بالوقف بالنسبة لما يبطل منه من لم يرفع الدعوى بحقه مع التمكن وعدم العذر الشرعى فى مدة سنة شمسية من تاريخ موت الواقف إذا كان الواقف حياً عند العمل بالقانون ومن تاريخ العمل بالقانون إذا كان الواقف ميتاً قبله .

ومع هذا يجوز الرضا فى أى حالة كانت عليها الدعوى.

***

ولجنة العدل بمجلس الشيوخ ولجنة الخمسة قد عدلتا هذه الأحكام فى المرة الأولى وأقر المجلس ما صنعتا . ولجنة التنقيح لم تغير إلا فى أحكام الرجعية ، أما الأحكام الأخرى فقد استبقت منها ما عدا إيجاب الاستحقاق لفرع من مات من أولاد الواقف قبله ، وقد رتبت ونسقت ما استبقته من الأحكام على الوضع الذى صدر به هذا القانون .

٥ – الانتفاع بالدور الموقوفة :

مادة ٣١ – يجوز استغلال الدار الموقوفة للسكنى، ويجوز السكنى فى الدار الموقوفة للاستغلال، مالم تقرر المحكمة غير ذلك إذا رفع الأمر إليها

٢٢٢ – استغلال العين يطلق على طلب الغلة منها وعلى أخذ غلتها. والغلة [١] ، وتجمع على غلات وغلال، هى كل شىء يحصل من ريع العين وأجرتها ففائدة الأرض وأجرتها غلة ، وكراء الدار غلة ، وأجرة الحيوان والإنسان غلة. والغلة لا تطلق على المنفعة المجردة كسكنى الدار وركوب الدابة ولا تطلق إلا على الحاصل إذا كان عينا أى عين كانت وإن كانت ولدا . وهذا هو المعنى اللغوى ولكن الاصطلاح الفقهى أضيق منه تبعا للعرف والعادة . ففى مبسوط السرخسى أن غلة البستان ثماره ، وغلة الدار أو العبد أجرته ، وغلة الأرض أجرتها والحصة من الخارج إذا وقعت المزارعة [٢] ، وغلة الأمة أجرتها دون ولدها لأن الولد وإن كان مثل الثمرة فى التولد من الأصل ، ولكن اسم الغلة لا يطلق عليه عادة [٣] .

والمنفعة فى أصل اللغة اسم من النفع وهو الخير، أى كل مايتوصل به المرء به إلى غرضه عينا كان أو منفعة مجردة . ولكن الفقهاء لايطلقونها على الذوات ويطلقونها على النفع المجرد وحده ، وهم لذلك يجعلونها قسيمة للمال والدين ويطلقونها فى

---

(١) ومثل الغلة الثمرة والريع وهو الزيادة والنماء وفضل كل شىء على أصله ، والارتقاع وهى كلمة استعملها العامة فى العصور الأخيرة ووردت فى كتب المتأخرين من الفقهاء، وأغلب الظن أنها مأخوذة من رفع الزرع وهو حمله بعد الحصاد إلى البيت أو من الرفاع وهو اكتناز الزرع ، فثمرة الموقوف وريعه وارتفاعه معناها غلته .

(٢) قيد بهذا لأن ثمرة الأرض حاصلة منها ومن البذر والعمل فلا تكون كلها غلة لها فما تخرج الأرض الموقوفة لايكون جميعه غلة للوقف إلا إذا كان جميع ما انفق عليه من مال الوقف .

(٣) جـ ٢٧ ص ١٩٠

مقابلتهما ويقولون أنها لا تبقى وقتين [1] . فالمنفعة فى الاصطلاح الفقهى لا تطلق على الثمرة والغلة بل تطلق على استعمال الأرض وركوب الدابة وسكنى الدار وأشباه ذلك ولا تطلق عندهم على أجرة الأرض ولا على كراء الدار ونحوهما مما يسمى غلة وكثيرا ما يرددون القول بأن الغلة بدل عن المنفعة فسكنى المستحق للدار الموقوفة ليست من الاستغلال وإنما هى نوع من استيفاء منفعتها .

٢٢٣ — والمراد من الدور الأبنية مطلقاً فهى شاملة للربط والملاجىء والمستشفيات والمدارس ودور الضيافة وغيرها مما يستعمل للنزول به ولو مؤقتاً ، فسكنى [2] الدار لا يراد منها اتخاذها مقراً دائماً للإقامة ومأوى للمبيت الدائم فحسب ، بل كما تتناول هذا تتناول كل ما يطلق عليه اسم السكنى عرفاً ، فمن سكنى الدور اتخاذها حوانيت للبيع والشراء . واتخاذها مخازن لحفظ أموال التجارة والحاصلات والماشـية ، واتخاذها منزلا ينزل به الضيوف قصر نزولهم أو طال باتوا أو لم يبيتوا ، واتخاذها للدراسة أو العيادات الخارجيـة أو الإدارة أو المحاكم والمصالح ، فكل هذا من السكنى ويطلق عليه اسم السكنى عرفاً ، وفى أصل المعنى اللغوى متسع لذلك .

٢٢٤ — والدار الموقوفة صالحة لأن ينتفع بها من طريق الاستغلال ومن طريق السكنى ، والواقف لها قد يطلق ولا يعين وجه الانتفاع بها ، وقد يعينه ويُعَمّم فينص على الاستغلال والسكنى وسائر وجوه الانتفاع الجائزة ، وقد يخصص فيذكر الاستغلال وحده أو يذكر السكنى وحدها ، وفى حالة التخصيص قد ينهى عن غير ما عينه وقد لا ينهى عن ذلك ، والشارع سوى بين هذه الأحوال جميعها فى الحكم فأجاز استغلال الدار الموقوفة للسكنى ، نهى الواقف عن استغلالها أو سكت ، وأجاز سكنى الدار الموقوفة للاستغلال ، نهى الواقف عن سكناها أو سكت ، ولم ينص الشارع على الصـورة التى يطلق فيها الواقف مراعاة لأنها مندرجة تحت صورة

(١) عدل قانون الوصية عن المعنى الاصطلاحى فأخذ بالمعنى اللغوى فى الفصل الثالث من الباب الثانى « الوصية بالمنافع » .

(٢) أطلق المتأخرون من الفقهاء اسم السكنى على حق القرار فى العين المسكونة وعلى الأعيان التى ينشئها الساكن بها وهذا المعنى لا علاقة له بأحكام هذه المادة .

الاستغلال طبقاً لما يجرى عليه العمل من أن الموقوف عند الاطلاق يكون موقوفاً للاستغلال وحده ، أما إذا عمم الواقف فى وجوه الانتفاع كان كل من الاستغلال والسكنى جائزاً بمقتضى شرطه فلا حاجة إلى النص على ذلك .

٢٢٥ — والشارع بهذا الحكم قد ألغى شرط الواقف فى التخصيص ونهيه عن غير ماعينه إذا كان قد نهى ، واعتبر شرطه فى ذلك من قبيل الشروط التعسفية التى لاتظهر لها فائدة عملية، كما أنه لامعنى لحرمان من جعلت له منفعة الدار الموقوفة من استيفاء بدل هذه المنفعة ، ولا حرمان من جعل له بدل هذه المنفعة من استيفاء عينها ، وما ذهب إليه فقهاء الحنفية من أن من له السكنى له الإعارة ولايملك الأجارة لأنه بالتأجير للمستأجر يثبت حقاً فى الوقف رأى أقرب إلى الفلسفة النظرية منه إلى التشريع العملى النافع ، على أن التجربة قد دلت على أن العمل بهذا الرأى قد نجمت عنه مضار عديدة ، فمن الموقوف عليهم من تضيق بهم الدار الموقوفة لسكناهم وفى المهايأة مافيها من التقلقل والمتاعب على أنهم لا يجيزون المهايأة فى هذه الحال ويجعلون السكنى لمن سبق ولا يجعلون لغيره الحق فى المطالبة بأجرة حصته ، ومنهم من استحكم العداء بينهم ولا تطيب لبعضهم السكنى مع البعض الآخر ومع ذلك فليس له إلا أن يسكن راغماً أو يترك حقه ، ومنهم من تزيد الدار عن حاجته كثيراً ومع هذا لايملك استغلال مازاد عنها ولاالاستبدال بها وشراء مايكفى لسكناه ببعض الثمن وشراء مستغل بالباقى ، ومن الدور الموقوفة مايكون فى أحياء لاتلائم الإقامة فيها طبقة الموقوف عليه وما له من المكانة أومانتطلبه حالته الصحية .
وقد ترتب على منع استغلال الموقوف للسكنى أن لحق بكثير من الموقوف عليهم ضرر بين كما أن بعض هذه الدور قد أهمل أمرها وتركت حتى علاها الخراب .
ونظراً لشدة هذا الحكم ومجافاته لمصلحة الوقف ومستحقيه فى كثير من الأحيان لم يعمل به القضاء الشرعى قبل صدور هذا القانون بمدة طويلة فى بعض الأحوال التى تبين له فيها ضرر هذا الشرط واضحاً كما حصل فى وقفى شريف باشا ورشوان باشا ، لهذا عدل الشارع عن هذا الحكم وأخذ بالغاء هذا الشرط جملة ولم يشأ أن

يترك أمره لتطبيق القاعدة الواردة بالفقرة الثانية من المادة ٢٢ واختلاف الآراء والتقديرات .

٢٢٦ — وجواز استغلال الموقوف للسكنى وسكنى الموقوف للاستغلال ومخالفة ما نص عليه الواقف فى ذلك حكم قرره القانون غير مقيد بقيد ولا مشروط بشرط فهو غير متوقف على إذن من المحكمة بمخالفة شرط الواقف ، فليس للناظر على الوقف أن يمتنع من ذلك حتى يحصل المستحق على الإذن بذلك منها .

ومن نتائج هذا الجواز أنه إذا أراد المستحق السكنى فيما هو موقوف للاستغلال بقدر نصيبه أو أقل منه لا يكون للناظر أن يمنعه من ذلك وأن يؤجر ما يريد السكنى فيه لآخر بحجة أنه هو وحده صاحب الحق فى التصرف وله أن يؤجر لمن يشاء لأن المستحق لا يريد السكنى استئجارا وإنما يريد استيفاء المنفعة التى جعل له القانون الحق فى عينها .

ومن نتائجه أيضا أنه إذا سكن بعض الموقوف عليهم الدار الموقوفة ولم يسكن البعض الآخر إما لضيق الدار عن سكنى الجميع أو لمانع لديه أو لمجرد رغبته عن السكنى فيها يكون الحكم فى ذلك حكم الدار الموقوفة للسكنى والاستغلال معا فإنها صارت كذلك بحكم القانون فله أن يطالب بأجر حصته لأن الساكنين قد استوفوا منفعة حصته فعليهم أن يؤدوا إليه بدلها . على أن الناظر عليه ألا يمكنهم من سكناها جميعها إلا إذا استأجروا حصة البعض الآخر أو أعارها هذا البعض لهم.

وينبنى على هذا أيضا أنه إذا تبين أن المصلحة فى بيع الدار الموقوفة للسكنى وشراء أرض مستغلة بثمنها أو بيعها بأرض كذلك مبادلة جاز ذلك كما يجوز فى الدار الموقوفة للاستغلال والسكنى. ومن الواضح أن هذا لا يمكن أن يتم إلا برضاء جميع المستحقين إذ لو لم يرض بعضهم وأصر على السكنى فى حصته لكان فى بيعها والحال هذه إرغام له على الاستغلال مع أن القانون قد أباح له كلا من الأمرين فلا يجوز التصرف الذى يكون من ورائه حرمانه من بعض ما هو جائز له، بل هو الأصل الذى جعله له الواقف .

٢٢٧ — وجواز استغلال الموقوف للسكنى وسكنى الموقوف للاستغلال هو القاعدة الأصلية فى نظر هذا القانون ، ولم يستثن منها إلا الحالات التى تكون مخالفة ما عينه الواقف فيها غير متفقة مع مصلحة الوقف أو مصلحة الموقوف عليهم فإنه إذ ذاك يجب اتباع ما نص عليــه الواقف ولا يجوز للموقوف عليه أن يتمسك بالجواز الوارد فى صدر المادة . فإذا كانت الدار موقوفة للاستغلال وأراد المستحق أن يسكنها ويتخذها مقرا لحرفة تضر ببنائها أو تشوه من جمالها ، أو أراد أن يسكن فى حصته و يتخذه مَقَرًّا لعمل يتأذى به سكان باقيها و ينفرهم من البقاء به منع من ذلك . و إذا كانت الدار موقوفة لتكون للضيافة أو لتكون ملجأ للعجزة أو لسكنى الطلبة أو نحو ذلك وكانت الحاجة إلى هذا قائمة و إهدار ما عينه الواقف ليس من المصلحة فى شىء وأريد استغلالها وصرف غلتها فى المصرف نفسه لم يجز ذلك .

والمنع من أحد الأمرين ليس من حق الناظر ولا من حق غيره من المستحقين مهما كان السبب فيه واضحا بل لابد أن يكون ذلك بقرار من المحكمة ، أى محكمة التصرفات فإنها هى محكمة القرارات لا المحكمة القضائية . والمحكمة لا تملك ذلك من تلقاء نفسها حتى إذا كان شىء من أمور الوقف الأخرى معروضا عليها وتبين لها ذلك أثناء نظره فإنها لا تملك أن تصدر قرارا بمنع ذلك من تلقاء نفسها و بدون أن يطلب ذلك منها أحد بل لا بد أن يكون الأمر قد رفع إليها من صاحب الشأن فيه . ولو أن المحكمة تبينت ذلك ورأت عنت ذوى الشأن وأنهم لا يريدون رفع الأمر إليها لحاجة فى نفوسهم فإنها ، و إن كانت فى هذه الحال لا تملك إصدار القرار من تلقاء نفسها ، تملك بما لها من الولاية العامة أن تعين ناظرا خاصا بهذا الموضوع ليرفع الأمر إلى المحكمة حتى تتمكن من إصدار القرار فى ذلك. وقد يكون فى منع المحكمة من إصدار القرار فى هذه الحال من تلقاء نفسها شىء من التطويل لا حاجة إليه ولـكنه قد روعى أن مثل هذه الحالة يكون نادرا وأن الأمر لا يدعو إلى التفصيل وجعل الحكم عاما .

٢٢٨ — ولا حكم لهذه المادة فى غير وقف الدور ، فلا حكم لها فى الأرض

الموقوفة للاستغلال إذا أراد المستحق أن يبنى عليها دارا لسكناه أو يتخذها حظيرة لخيوله أو ماشيته أو مخزنا لحبوب أو أدوات يتجر فيها . كما أنه لا حكم لها فى تغيير نوع الاستغلال الذى عينه الواقف إلى نوع آخر من الاستغلال كأرض زراعية وقفت لتستغل بالزراعة فأريد تأجيرها لتقام عليه سوق من الأسواق أو تبنى عليها دور للسكنى أو تؤجر لمصرف من المصارف ليتخذها « شونة » أو لغرض آخر من هذا القبيل ، لم يعرض الشارع فى هذه المادة لشىء من هذا ولم يصنع ما صنعه فى المادة ٥٤ [1] من قانون الوصية تاركا أمر هذا كله هنا لحكم القاعدة العامة التى وردت بالفقرة الثانية من المادة ٢٢ ففيها الغناء وليس فى قانون الوصية نظير لها . ولم تعرض هذه المادة أيضا لشىء من أحكام السكنى سوى إجازة سكنى الموقوف للاستغلال واستغلال الموقوف للسكنى تاركة ما عدا ذلك لمذهب الحنفية لأنه لم يظهر أن شيئا من هذه الأحكام كان محلا للشكوى أو فى حاجة إلى الإسراع بتعـــديله .

٢٢٩ — وأحكام هذه المادة تطبق على جميع الأوقاف السابقه على العمل بهذا القانون واللاحقة له فى الحوادث السابقة والحوادث اللاحقة . فإذا كانت الدار موقوفة للاستغلال وكان الناظر عليها أحد المستحقين وسكن فيها قبل صدور هذا القانون بقدر حصته أو أقل دون أن يستأجرها ممن يملك تأجيرها فإنه لا يؤاخذ بذلك ولا يحتسب عليه خيانة يطلب عزله من أجلها لأنه بالأثر الرجعى لهذا القانون فى ذلك ظهر أن تصرفه جائز لأنه يملك السكنى كما يملك بدلها فيكون مستوفيا لعين حقه ولا تكون سكناه من قبيل الاستئجار . ولو أن الناظر أجر العين الموقوفة للسكنى قبل صدور هذا القانون كانت هذه الإجارة إذ ذاك غير صحيحة لأن العين المؤجرة لا يصح أن يرد عليها عقد الإجارة ولكن بصدور هذا القانون وسريانه

---

(١) نص هذه المادة هو :

« إذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحتمل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذى أوصى به جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذى يراه بشرط عدم الاضرار بالعين الموصى بمنفعتها » .

على الحوادث السابقة تصبح هذه الإجارة صحيحة ويبقى العقد محترما ولا يملك الناظر أو غيره ممن له شأن أن يطلب الحكم ببطلانه ، غير أن المستحقين لا يستفيدون شيئا من أجرة المدة السابقة على العمل بهذا القانون لأن حقهم فى الأجرة لم يثبت إلا بمقتضى أحكام هذا القانون فليس لهم بمقتضى أحكام المادة ٥٩ أن يطالبوا بالاستحقاق إلا فى الغلات التى تحدث بعد العمل به. كما أنه لو سكن بعض الموقوف عليهم الدار الموقوفة للسكنى قبل العمل بهذا القانون ولم يسكن البعض الآخر لا يستفيد من لم يسكن شيئا من الأثر الرجعى لهذه المادة فليس له أن يطالب من سكنوا بأجرة حصته فى تلك المدة لأن المادة ٥٩ تحول بينه و بين ذلك .

٢٣٠ — أقوال الفقهاء

ذهب فقهاء الحنفية إلى أنه لو وقف الواقف داراً له على قوم وجعل لهم فى الوقف أن يستغلوا إذا أرادوا الاستغلال وأن يسكنوا إذا أرادوا السكنى كان لهم الاستغلال وكانت لهم السكنى و إن اختلفوا فقال بعضهم نسكن وقال بعضهم نستغل يأمرهم الحاكم بالمهايأة[1] فإذا تهايئوا عليها كان لمن أراد أن يسكن فيها سكن ومن أراد أن يستغل استغل . وإن كان قد شرط فى وقفه أن لهم أن يسكنوا هذه الدار وليس لهم أن يستغلوها أو أن لهم أن يستغلوها وليس لهم أن يسكنوها كان الأمر فيها على ماحده الواقف واشترطه فى ذلك ، فليس لهم أن يستغلوها إذا شرط عدم الاستغلال وليس لهم أن يسكنوها إذا اشترط عدم السكنى ، ولا يعرف أن فى هذه الأحكام خلافا . و إذا وقفها على قوم يأخذون غلتها ولم يشترط عليهم ألا يسكنوها قال الخصاف إن اتفقوا على أن يسكنوها كان لهم أن يسكنوها ، و إن اختلفوا فقال بعضهم نسكن وقال بعضهم نستغل يأمرهم الحاكم بالمهايأة فإذا تهايئوا عليها كان لمن أراد أن يسكن فيها سكن ومن أراد أن يستغل استغل ، ونقل فى تنقيح الحامدية عن

---

(١) المهايأة تكون مكانية إذا كان الموقوف قابلا للقسمة وتكون زمانية إذا لم يكن قابلا لها ومتى كانت المهايأة المكانية ممكنة لا يركن إلى الزمانية لأن فى المكانية استيفاء كل ذى حق حقه مع الآخر بدون تأخير بخلاف الزمانية.

التتارخانية وتحقيق السؤدد للشرنبلالى نقلا عن المعتبرات ومنها أوقاف الخصاف أن من له الاستغلال تكون له السكنى ثم قال فى مسألة نقلت عن تجنيس الفتاوى أنها صريحة فى أن من له الاستغلال ليس له السكنى وهو الذى فى البزازية ومشى عليه الخصاف فى محل آخر[١] وكذا فى فتح القدير وتبعه فى البحر ونقل عن شرح الوهبانية عن الظهيرية أن الموصى له بغلة الدار إذا أراد سكناها بنفسه قال أبو بكر الأسكاف له ذلك وقال أبو القاسم وأبو بكر بن سعيد ليس له ذلك وعليه الفتوى والوصية أخت الوقف فعلى هذا تكون الفتوى فى الوقف على هذا بل أولى لأنه لم ينقل فيه اختلاف المشايخ ، وقال أن الحامدى أفتى بما جاء فى شرح الوهبانية ولكنه نقل قبل ذلك عن الشرنبلالى ترجيح أن من له الاستغلال تكون له السكنى.

وإذا وقفها لسكناهم أو وقفها عليهم على أن يسكنوها ولم يشترط عدم الاستغلال لا يكون لهم الحق فى الاستغلال بالاتفاق كما نقله صاحب الفتح وصاحب التتارخانية وابن نجيم فى البحر والشرنبلالى ، وقال الخصاف ليس لهم أن يستغلوا هذا الدار من قبل أن استغلالهم إياها إنما يكون بأن يؤجروها ويأخذوا غلتها وليس لهم أن يؤجروها من قبل أنهم إذا أجروها وجب للمستأجر فيها حق بإجارتها منهم ، وفى التنقيح من له السكنى ليس له أن يسكن غيره إلا بطريق العارية دون الإجارة لأن العارية لا توجب حقا للمستعير لأنه بمنزلة ضيف ضافه بخلاف الإجارة فإنها توجب حقا للمستأجر وهو لم يشرطه هذا ما قالوا ، وعلم منه أنه حيث لم يكن له ذلك يكون غاصبا بإجارته وقد نصوا على أن الغاصب تكون الأجرة له لكن لا تطيب له[٢] ، فقال بعضهم يتصدق بها ، وقال بعضهم يردها لجهة الوقف ،

---

(١) بحثت جهدى عن هذا فى الخصاف فلم أهتد إليه ولم أجد به النص على منع الموقوف عليه للاستغلال من السكنى إلا فى حالة ما إذا كان الواقف قد شرط ألا يسكن والفرق بين الشرط وعدمه واضح :

(٢) واضح من كلامه أن الحكم غير منصوص وأن من قال به من المتأخرين استنبطه من حكم الغصب وهو استنباط غير مسلم ، فإذا لم يكن له حق فى بدل المنفعة ويعتبر غاصباً له فكيف يملكه بالغصب مع أنه عين من الأعيان.

وهذا نظير ما إذا تولى الناظر ولم تصح توليته وأجر تكون الأجرة له كذا فى فتاوى الكازرونى والأسعاف والبحر ، وفى الحاوى الزاهدى سكن رجل دار الوقف بأهله وأولاده وخدمه فأجرة المثل عليه (أقول) وافتى فى الأسماعيلية بأنه يملك الأجرة ملكا خبيثا وأنه يجب عليه ردها على جهة الوقف على أظهر القولين . وإذا وقفها وأطلق فلم يذكر سكنى ولا استغلالاً قال الحموى تكون موقوفة للاستغلال أخذا مما جاء فى التجنيس من أنه لو وقف منزله على ولديه وعلى أولادهما أبدا ماتناسلوا فأرادا السكنى لم يكن لهما حق فيها . ومن الواضح أن هذا يكون جاريا على قول من يرى أن من له الاستغلال ليس له السكنى لا على قول من يرى أن له الحق فيها إذ الحال عند الاطلاق لا يكون أدنى منه عند التصريح بالاستغلال والاقتصار عليه .

وذهب فقهاء الحنابلة إلى من له الحق فى السكنى من الموقوف عليهم يكون له الحق فى الاستغلال بطريق الإجارة وقالوا إن كل من ملك منفعة كان له الحق فى الإجارة وإن لم يشرطها له الواقف ، فالدار الموقوفة للسكنى يجوز استغلالها عندهم شرط ذلك الواقف أو سكت ولم يشرطه ، ولم أر لهم نصا فيما إذا شرط الواقف عدم الاستغلال ، أيعمل بشرطه هذا أو لا يعمل به ، وعموم قاعدة أن من ملك المنفعه ملك الإجارة ربما يفهم منه الجواز ، وعموم قاعدة وجوب العمل بشرط الواقف ربما تفيد المنع فى هذه الحال . ولكن هذا هو مقتضى قول جمهورهم ، أما على ماذهب اليه ابن تيمية فى الشروط المباحة فإن شرط الواقف عدم الاستغلال فى الموقوف للسكنى وشرطه عدم السكنى فى الموقوف للاستغلال يكون كل منهما باطلا أى لا تجب مراعاته ولا العمل به لأنه من الشروط المباحة التى لا قربة فيها .

٢٣١ — وفى أحكام هذه المادة عدول عن مذهب الحنفية فى إجازة استغلال الموقوف للسكنى ، شرط الواقف عدم الاستغلال أو سكت ولم يشرط . وفى إجازة سكنى الموقوف للاستغلال إذا شرط الواقف عدم السكنى ، وقد أخذ القانون فى جواز استغلال الموقوف للسكنى إذا سكت الواقف برأى فقهاء الحنابلة فى

ذلك وهو حكم لا يعرف فيه خلاف عندهم . وبجواز سكنى الموقوف للاستغلال إذا شرط الواقف عدمها وجواز استغلال الموقوف للسكنى إذا شرط الواقف عدمه بما ذهب إليه شيخ الاسلام ابن تيمية من فقهائهم . أما سكنى الموقوف للاستغلال مع سكوت الواقف عن السكنى ، ومنه الموقوف باطلاق ، فانه أحد رأيين عند الحنفية وهو الذى فى الخصاف وقد صُرِّح بترجيحه فلا عدول فيه عن الراجح من مذهب الحنفية .

وأحكام هذه المادة لم تكن محل خلاف فى مرحلة من المراحل التى مر بها القانون ولم يطرأ على نصها تغيير ما وقد أوردنا حكمة التشريع أثناء شرح هذه المادة.

٦ — ترتيب طبقات الاستحقاق

٢٣٢ — قد بينا من قبل[١] معنى البطن والطبقة فى العرف القضائى وفى عرف الواقفين وفى نظر هذا القانون بالنسبة لجواز الوقف وعدم جوازه ، والفقرة الثانية من المادة ٣٣ قد عرضت لبيان ما يتناوله اسم الطبقة فى بعض الأحوال ، والترتيب هو جعل بعض الموقوف عليهم متقدماً على البعض الآخر فى الاستحقاق الفعلى لغلات الوقف ومنافعه بحيث لايثبت للمتأخر استحقاق أصلى ما بقى السابق مستحقاً ، وقد يثبت لبعض المتأخرين استحقاق مع المتقدمين قبل أن تأتى نوبة استحقاقهم الأصلية ، ولكنه استحقاق استثنائى مؤقت يثبته الواقف لمعنى خاص وليس استحقاقاً أصلياً ، ولايتنافى مع الترتيب ، ولا يكون له بقاء متى جاءت نوبة الاستحقاق الأصلية ، والترتيب كما يكون بين أفراد أو بطون من فئة واحدة يكون بين فئات مختلفة .

٢٣٣ — والوقف قد يكون مشتركا غير مرتب الطبقات بأن يجعل استحقاق غلاته ومنافعه لجميع الموقوف عليهم دفعة يشترك فيه من يوجد منهم دون أن يتقدم بعضهم على بعض فى الاستحقاق ، كالوقف على الفقراء والمساكين ، أو على طلبة العلم ، أو على اليتامى ، أو على قرابته أو على ذرية فلان بدون ترتيب .

وقد يكون مرتب الطبقات بأن يجعل الموقوف عليهم جميعا طبقات مرتبة ، لا يثبت الاستحقاق لأحداها مع استحقاق الأخرى ولكنها تكون متعاقبة فى الاستحقاق ، سواء أكان بين هذه الطبقات توالد أم لم يكن ، كالوقف على أولاده وذريته بطناً بعد بطن ، والوقف على أولاده لصلبه ثم إخوته وأخواته ثم على أبناء عمه ، والوقف على أولاد الظهور ثم على أولاد البطون ثم على الأقارب ثم على جهات بر وقفا مرتب الطبقات فى كل طائفة من هذه الطوائف المتعاقبة .

(١) النبذة (١٩) ص (٨٣ — ٨٦) .

وقد يكون جامعا بين الاشتراك والترتيب كمن يقف على نفسه ثم على ذريته وأتباعه وأقاربه وجهات خيرية ويجعل لكل فئة من هذه الفئات سهما أو مرتبا تستحقه مع الفئات الباقية ويتداوله أهلها فيما بينهم على الترتيب ، أو يجعل بعضها مرتبا والبعض الآخر غير مرتب .

٢٣٤ — وإذا كان الوقف على فئة مرتب الطبقات وكان بين طبقات هذه الفئة توالد فقد يكون الترتيب بين هذه الطبقات ترتيبا أفراديا(١) وقد يكون ترتيبا جمليا.

ومعنى الترتيب الأفرادى أن يكون الترتيب بين كل فرد من الطبقة السابقة و بين فرعه هو خاصة ، فلا ترتيب بينه و بين فروع غيره من أهل طبقته ولا بين فروعه و بين أصل آخر من أهل طبقته ، فالطبقة المتقدمة على كل فرع هى أصله وحده دون سواه ، ومن أهم مميزات هذا النوع من الترتيب أن استحقاق الفرع بعد أصله يكون استحقاقاً أصليا لانقراض الطبقة الحقيقية التى كانت تحجبه عن الاستحقاق وهى أصله ، ومجىء نوبته فى الاستحقاق بنفسه ، ولذلك يثبت له الاستحقاق متى كان الترتيب أفراديا من غير احتياج إلى نص خاص على ذلك من الواقف ، ويستحق ما كان مستحقا للطبقة التى قبله وهو نصيب أصله . ومنها أن طبيعة هذا الترتيب لاتتفق مع القول بنقض القسمة فلا محل معه للكلام فى نقض القسمة وعدم نقضها وهذا أمر واضح أتم الوضوح . ومنها أنه إذا كان لفرع أصلان من طبقة كان له مع كل أصل منهما ترتيب مستقل ، فإذا انقرض أحدهما كان هو الطبقة التالية له وجاءت نوبة استحقاقه بنفسه لنصيب هذا الأصل استحقاقا أصليا، وكذلك يكون الحال إذا انقرض أصله الثانى ، فهو يأخذ النصيبين استحقاقا أصليا لا ينتزع منه فيما بعد .

ومعنى الترتيب الجملى أن يكون الترتيب فى الاستحقاق بين مجموع أهل الطبقة السابقة و بين مجموع أهل الطبقة اللاحقة فلا يثبت لأهل الطبقة المتأخرة استحقاق أصلى إلا إذا انقرض جميع أهل الطبقة المتقدمة ، فالترتيب يكون بين الجملة والجملة

---

(١) منسوب إلى كلمة (أفراد) وهى جمع وهذه النسبة عامية غير متفقة مع القياس .

لا بين كل فرع وأصله فحسب ، وكل واحد من الطبقة المتأخرة محجوب بكل واحد من الطبقة المتقدمة كما هو الحال فى ترتيب طبقات العصابات فى الإرث . ومن أهم مميزات هذا النوع من الترتيب أنه لا يثبت لأحد من الطبقة المتأخرة استحقاق مع الطبقة المتقدمة إلا بنص من الواقف ، ومع ذلك يكون استحقاقه استثنائيا موقوتا ببقاء طبقة أصله فإذا انقرضت لم يعمل بهذا النص الاستثنائى لعدم الحاجة إليه بعد أن آل الاستحقاق إليه بنفسه استحقاقا أصليا مع أهل طبقته . ومنها أنه متى آل الاستحقاق إلى أهل طبقته لا يتعدد نصيب أحد منهم بتعدد أصوله لأن القسمه تكون على عدد رؤوس أهل طبقته بصفتهم موقوفا عليهم مستحقين بأنفسهم استحقاقا أصليا فلا ينظر فى ذلك إلى تعدد الأصول . ومنها أن نقض القسمه بانقراض الطبقة المستحقة يكون محله هذا الترتيب لا الترتيب الأفرادى

٢٣٥ — وقد دل الاستقراء على أن من عبارات الواقفين ما يعين أنهم قد أرادوا أن يكون الترتيب بين الطبقات فى أوقافهم ترتيبا إفراديا .

فمنهم من وقف على نفسه ثم على أولاده ثم من بعد كل من أولاده على أولاده ثم من بعد كل منهم على أولاده ثم من بعد كل منهم على ذريته ونسله هكذا فى جميع الطبقات يكون الإستحقاق على هذا الوصف .

ومنهم من وقف على نفسه ثم على ذريته ونسله بحيث يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره ومن مات منهم استحق فرعه ما استحقه أو كان يستحقه لو كان حيا يتداولون ذلك بينهم على هذا الوجه إلى انقراضهم أجمعين .

ومنهم من وقف على نفسه ثم على أولاده ثم على ذريته ونسله وعقبه طبقة بعد طبقة و بطنا بعد بطن ونسلا بعد نسل وجيلا بعد جيل تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى من نفسها دون غيرها على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره .

فهذه العبارات وأشباهها تدل دلالة صريحة على أن الواقفين لم يريدوا بها سوى الترتيب الإفرادى وأنهم لم يريدوا الترتيب الجملى أصلا . وعندى أنه لا شبهة

فى إفادة العبارة الثالثة للترتيب الأفرادى وأنه ما كان يصح معها أن يقال أن الترتيب ترتيب جملى ، كما جرى العمل على ذلك فى القضاء والإفتاء حقبة طويلة من الزمن ، ولا يضعف هذه الإفادة اقترانها باشتراط أن من مات بعد الاستحقاق استحق فرعه ما كان يستحقه وأن من مات قبل الاستحقاق قام فرعه مقامه أو اشتراط أحدهما، فإن هذا الاشتراط لم يكن لإثبات حق لايثبت بدونه كما كانوا يقولون وإنما هو تأكيد وتفصيل لبعض ما اشتمل عليه الكلام السابق جملة ، على أن من الفقهاء من ذهب إلى أن اشتراط ذلك يدل على الترتيب الأفرادى . والحق أنه لايدل على هذا ولا ذاك .

أما ما كثر وروده فى كتب الأوقاف من أن الواقف يقف على نفسه ثم على أولاده ثم من بعد كل منهم على أولاده ثم على ذريته ونسله بطناً بعد بطن وطبقة بعد طبقة فإن الترتيب فيه بين طبقة أولاده وطبقة أولادهم ترتيب أفرادى لقوله فى جانب أولاده ثم من بعد كل منهم ، أما الترتيب بين بقية الطبقات فلا يتعين أن يكون أفرادياً ولا جملياً كما سيجىء .

٢٣٦ — ومن عباراتهم ما يعين أنهم أرادوا أن يكون ترتيب الطبقات فى أوقافهم ترتيباً جملياً لا أفرادياً .

فكثير من الواقفين قد وقفوا على أنفسهم ثم على أولادهم ثم على ذريتهم ونسلهم وقفاً مرتب الطبقات إلى انقراض الذرية ، ومع هذا منهم من اشترط أن من مات من المستحقين كان نصيبه لأهل طبقته أو لبعضهم ، وإن كان له ولد . ومنهم من اشترط ألا يستحق بطن أنزل مع بطن أعلى . ومنهم من قال تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى من نفسها وغيرها . فهذه العبارات صريحة وقاطعة فى أن الواقف يريد أن يكون ترتيب الطبقات فى وقفه ترتيباً جملياً لا ترتيباً افرادياً .

ومن الواقفين من جعل وقفه مرتب الطبقات على النحو السابق واشترط قيام الفرع مقام أصله كما اشترط نقض القسمة كلما انقرضت الطبقة العليا . فاشتراطه

نقض القسمة صريح فى أنه أراد أن يجعل أصل الاستحقاق لأهل الطبقة العليا وأنه إذا استحق معهم من هو أنزل منهم طبقة بمقتضى شرطه لم يكن استحقاقه استحقاقاً أصلياً بل يكون استحقاقاً استثنائياً موقوتاً ببقاء طبقة أصله حتى إذا انقرضت نقضت قسمة الغلة وأعيد قسمها على عدد رءوس الطبقة التى هو منها وكان استحقاقه إذ ذاك استحقاقاً أصلياً . وليس للترتيب الجملى معنى سوى هذا .

ومنهم من وقف على نفسه وذريته وقفاً مرتب الطبقات على الوضع السابق وكان له أولاد ماتوا قبل الوقف ولهم أولاد ، فالترتيب بين أولاده وأولاد أولاده يكون ترتيباً جملياً قطعاً ، فإنه قد وقف على أولاد أولاده جميعاً ومنهم من مات أصولهم قبل الوقف وجعلهم طبقة تالية فى الاستحقاق لطبقة أولاده ، فلو كان الترتيب فى وقفه ترتيباً إفرادياً ما أمكن أن يصل إلى هذا الفريق شىء من الاستحقاق فى أى وقت ، ولصاروا فى الواقع كأنه لم يقف عليهم فعرفنا من الوقف عليهم أنه لا يريد أن يكون الترتيب بين هاتين الطبقتين ترتيباً أفرادياً وأنه يريد من قوله « ثم على أولاد أولادى » أن الترتيب يكون جملياً ، وبذلك ذلك صارت عبارته نصاً فى الترتيب الجملى .

٢٣٧ — ومن عباراتهم ما يكون محتملا للأمرين ، الترتيب الأفرادى والترتيب الجملى ، ولم تنضم إليه عبارة أخرى تعين أحد النوعين ، كما لو وقف على نفسه ثم على أولاده ثم على أولاد أولاده ثم على نسلهم وذريتهم طبقة بعد طبقة ولم يزد على ذلك ، فإن الترتيب الوارد فى كلامه يحتمل الترتيب الأفرادى ويحتمل الترتيب الجملى ولذلك كان محل اختلاف الفقهاء . وكذلك يبقى كلامه هذا محتملا إذا أضاف إليه قوله « تحجب الطبقة العليا منهم الطبقة السفلى » فإنها لا تفيد أكثر من الترتيب بين الطبقات المستفاد من كلامه السابق وليست إلا تأكيداً لما جاء به ، ولكن على أى وضع يكون هذا الترتيب ، أهو ترتيب أفرادى أم ترتيب جملى؟ لا دلالة لها على شىء من ذلك . وكذلك يكون الحال لو أنه زاد على ذلك كله اشتراط قيام فرع من مات قبل الاستحقاق أو بعده مقامه، فقد عرفت من قبل أن هذا الشرط

لا ينافى الترتيب الأفرادى ولا يعين الترتيب الجلى وأنه يكون مع هذا وذاك .

٢٣٨ — والحالتان الأولى والثانية ، وهما اللتان يكون كلام الواقف فيهما معيّناً للترتيب الأفرادى أو الترتيب الجلى ، لا يعرف فيهما خلاف بين الفقهاء ويجب العمل فى كل منهما بما أراده الواقف وعينه بكلامه ، كما أن القانون قد نص فى المادة ٥٨ على العمل بما عينه من الترتيب الجلى ما لم يكن فى ذلك مساس بالأنصبة الواجبة .

أما إذا كان كلامه محتملا للأمرين فهذا هو محل اختلاف الفقهاء، وهو ما عنى به القانون وكان الباعث الأول له على تقرير أحكام الترتيب بين طبقات المستحقين.

وقد أورد القانون جملة من أحكام الترتيب نذكرها فيما يلى .

٢٣٩ — أولا : الترتيب الافرادى .

مادة ٣٢ — إذا كان الوقف على الذرية مرتب الطبقات لا يحجب أصل فرع غيره، ومن مات صرف ما استحقه أو كان يستحقه إلى فرعه.

ولا تنقض قسمة ريع الوقف بانقراض أى طبقة ويستمر ما آل للفرع متنقلا فى فروعه على الوجه المبين بالفقرة السابقة إلا إذا أدى عدم نقضها إلى حرمان أحد من الموقوف عليهم

***

اختار الشارع الأخذ برأى من قال أن الترتيب بين طبقات الموقوف عليهم من الذرية يكون ترتيباً أفرادياً ما لم ينص الواقف نصاً صريحاً على أنه قد رتب بين طبقات الموقوف عليهم ترتيباً جلياً . وقرر هـذا المعنى بقاعدة عدم حجب الأصل لفرع غيره. وأكده بذكر أهم مظاهره ، وهو استحقاق الفرع ما استحقه أصله أو كان يستحقه ، وعدم نقض قسمة الريع بانقراض الطبقة العليا من الموقوف عليهم .

ومتى نظرنا إلى ما ورد بهذه المادة وإلى ما جاء بالمادة ٢٤ عرفنا أن

الترتيب بين طبقات الموقوف عليهم يكون أفرادياً فى نظر هـذا القانون فى الأحوال الآتية :

(١) بين أهل الصنف الأول وأهل الصنف الثانى فيما يجب من الاستحقاق وإن نص الواقف على خلاف ذلك .

(٢) بين طبقات الموقوف عليهم مطلقاً إذا كان فى كتاب الوقف نص يدل على أنه ترتيب أفرادى .

(٣) بين طبقات الموقوف عليهم مطلقاً إذا كان كلام الواقف محتملا للترتيبين.

ولا يكون الترتيب ترتيباً جملياً معتبراً إلا إذا نص الواقف عليه فى كتاب وقفه ولم يكن فى ذلك مساس بأحكام المادة ٢٤ .

٢٤٠ — ١ : عدم حجب الأصل فرع غيره

إذا كان الوقف على الذرية مرتب الطبقات لا يحجب أصل فرع غيره ، أى لا يمنع أحد من طبقة سابقة من طبقات الموقوف عليهم أحداً من طبقة لاحقة من تناول الاستحقاق الفعلى فى غلات الوقف ومنافعه إذا لم يكن اللاحق فرعاً للسابق . أما إذا كان فرعه فإن حجبه له أمر مقرر بمقتضى الترتيب الذى شرطه الواقف ولم ير الشارع أنه فى حاجة إلى النص عليه .

والحجب هو المنع والستر ، والأصل فيه أن يكون فى الحسيات ، ولكنه استعمل فى المعانى أيضاً، ومن هذا استعمل الحجب فى الحقوق كالحجب فى حق الحضانة وسائر أنواع الولاية والحجب فى الميراث وفى الوصية بالمنافع وفى الوقف . والحجب من الأمور النسبية ، فهو يقتضى أن يكون هناك حاجب ومحجوب ومحجوب عنه ، ولا بد لتحقق معنى الحجب من أن يكون لكل من الحاجب والمحجوب شأن فى المحجوب عنه وأن يكون للمحجوب حق تعلق به فى الجملة ولم يمنعه من استيفائه إلا تقدم الغير عليه ، فمن لم يقم به سبب الإرث لمورّث ما لا يقال أنه محجوب عن إرثه بالمستحق لتركته لأنه لا شأن له فى إرثه ولا حق له فيه أصلا ، وكذلك من توافر له سبب من أسباب الإرث ولكن قام به مانع من موانعه لا يسمى

محجوباً لأنه لا حق له أصلا ، ولذلك اختص باسم المحروم تمييزاً له عن المحجوب .

وإذا وقف على الأصل دون الفرع لا يسمى هذا الفرع محجوباً لأنه ليس موقوفاً عليه ولا حق له فيه بأى وجه . والحجب قد يكون منعاً من جميع الحق كما فى حجب الحرمان فى الإرث ، وقد يكون منعاً من بعضه كما فى حجب النقصان ، وقد يكون منعاً دائماً ، وذلك فى الحق الذى لا يتجدد كما فى الإرث ، فمتى استحقه الحاجب لا يمكن أن يؤول بعد ذلك للمحجوب ، وقد يكون منعاً موقوتاً بمدة معينة أو بمدة حياة المتقدم كما فى الوصية بالمنافع والوقف إذا كان كل منهما مرتباً . فالحجب فى الوقف معناه منع المتقدم من الموقوف عليهم للمتأخر منهم عن الاستحقاق الفعلى الذى كان يثبت له لولا وجود هذا المتقدم ، فالمحجوب عنه ، فى الحجب المنفى فى هذه المادة ، هو استحقاق الفرع استحقاقاً فعليًا لما كان يستحقه أصله واحداً كان ذلك الأصل أو أكثر .

٢٤١ — والأصل هو ما انبنى عليه أو تفرع عنه غيره ، فاسم الأصل لا يطلق حقيقة إلا على من يكون له فرع . ولكن هذا المعنى غير مراد هنا بل المراد من يكون من أهل الطبقة العليا وإن لم يكن له فرع ، وقد ساغ إطلاقه هذا الإطلاق لأن من ليس له فرع من طبقة الأصول من شأنه أن يكون أصلا فصح إطلاق اسم الأصل عليه .

والأصل فى هذه المادة عام يتناول أىَّ أصل كائناً من كان ، فهو يشمل الذكر والأنثى ، ويشمل من يكون من طبقة الأصل المباشر للفرع ومن يكون من طبقة أصوله الأعلين ، كان مستحقاً بالفعل أو غير مستحق ، فمن مات ابنه وابن ابنه ثم مات وترك ابن ابن ابنه وكان فى كل من طبقته وطبقة ابنه وطبقة ابن ابنه أناس من الموقوف عليهم لا يحجب أحد منهم فرعه هذا عن استحقاق ما كان يستحقه أصله ، وهو والد جده ، لأنه لا ترتيب بينه وبينهم وإنما الترتيب بينه وبين أصوله وقد انقرضوا فاستحق بنفسه ما كان يستحقه أصله الأعلى .

ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الواقف قد عين الطبقة الأولى من الأصول

بوصف واحد يجمعهم ، أو بأوصاف متعددة ، أو ذكر بعضهم بأسمائهم وأعقبه بوصف يتناول بقيتهم ، أو أوردهم بوصف يعين ذواتهم ولا يتناول من بقى منهم ، أو ذكر بعضهم بالاسم والبعض الآخر بالوصف ، أو ذكرهم جميعاً بأسمائهم . فلو وقف على أولاده ثم على أولاد أولاده وذريته بطناً بعد بطن وطبقة بعد طبقة، فمن مات من أى طبقة من هذه الطبقات وكان له فرع لم يكن محجوباً بمن بقى فى طبقة هذا الميت ولا فى طبقة أعلى أو أنزل من طبقته من الطبقات التى تعلو طبقة هذا الفرع ، إذ لا ترتيب بينه و بينهم و إنما الترتيب بينه و بين أصوله وحدهم ولا يوجد أحد منهم ، وكذلك يكون الحكم لو وقف على أولاد زيد وأولاد عمرو ثم على أولادهم وذريتهم طبقة بعد طبقة ، وكذلك لو وقف على أولاده فلان وفلان وسماهم بأسمائهم وعلى من سيحدثه الله من الأولاد ثم على ذريتهم طبقة بعد طبقة ، فإذا مات بعض ولده عن فرع لم يكن محجوباً بأحد من طبقة أصله و إن كان أصله ممن ذكروا بأسمائهم . وكذلك لو وقف على زوجته فلانة وعلى أولاده ثم ذريتهم طبقة بعد طبقة . وكذلك لو وقف على ابنيه ثم على ذريتهم طبقة بعد طبقة ولم يكن له حين الوقف سوى ابنين فلا يدخل فى وقفه غيرهما فإذا مات أحدهما عن فرع لا يكون محجوباً بالآخر ولا يكون نصيب أصله منقطعاً ، وكذلك لو وقف على أولاده محمد وعلى وخالد وابراهيم واسماعيل ثم على ذريتهم بطناً بعد بطن وطبقة بعد طبقة ، فإذا مات محمد عن فرع لم يكن محجوباً بمن بقى من اخوة أصله ولا يكون نصيب محمد منقطعاً .

ومن هذا ومما يأتى فى المادتين ٣٣ و ٣٥ يتضح أن الشارع لم يرد القضاء على فكرة الترتيب الجلى عند الاحتمال فحسب ، بل أراد هذا وأراد معه القضاء على فكرة الوقف المنقطع التى رتبها فقهاء الحنفية على أساس الترتيب الجلى وعدم عودة نصيب من مات إلى أهل طبقته إذا كانوا معينين بالأسماء أو كان الوصف لا يصدق على من بقى منهم .

٢٤٢ — والفرع هو ولد الصلب وولده وإن نزل ، فهو كالذرية والنسل

اسم جامع يشمل الذكر والأنثى والواحد والأكثر والوارث وغير الوارث لحجبه أو لحرمانه ، كما يشمل أولاد الظهور وأولاد البطون ، ويشمل من يكونون من بطن واحد ومن يكونون من بطون متفرقة ، فلو وقف على نفسه ثم على أولاده محمد وعلى وخالد وابراهيم واسماعيل ثم على ذريته وقفاً مرتب الطبقات ومات ثم مات ابنه محمد عن أولاد وكان له ابنه محمود الذى مات قبله عن أولاد منهم أحمد الذى مات قبل محمد أيضاً عن أولاد ، لم يكن أولاد محمود بن محمد محجوبين بأولاد محمد الموجودين عند موته ، ولم يكن أولاد أحمد ابن محمد محجوبين بالموجودين عند موت محمد من أخوته وأولاده وأولاد ابنه محمود .

ومن معنى الحجب يتعين أن يكون الفرع موقوفاً عليه وأنه يستحق لولا وجود هذا الأصل ، ويعين ذلك أيضاً أن الكلام فى وقف على الذرية مرتب الطبقات أى أن جميع الطبقات موقوف عليها بالتعاقب ، فإذا كان الأصل موقوفاً عليه ، والفرع ليس موقوفاً عليه ، فإن هذه القاعدة لاتنطبق عليه لأنه لا شأن له بالوقف، وكذلك لو كان موقوفاً عليه ولكن لا على التعاقب ، كمن وقف على أولاد الظهور طبقة بعد طبقة ولم يقف على أولاد البطون أصلا ، أو جعله بعد انقراض أولاد الظهور وقفاً على أولاد البطون طبقة بعد طبقة ، فمن ماتت من بنات الظهور، قبل انقراضهم ، عن أولاد لم يكن لهم حق فى نصيبها لأنهم لا استحقاق لهم قبل انقراض أولاد الظهور ولم يكن منعهم من الاستحقاق لوجود أصلهم ولولا وجوده لاستحقوا ، بل المانع شىء آخر هو أنهم من فئة أخرى غير فئة أصلهم ولما تأت نوبة استحقاقهم فليس حجبهم بطبقة أصلهم ، وإنما حجبوا بفئة غير فئتهم وكان ذلك بنص من الواقف.

٢٤٣ — والغير يشمل الأصل الواحد والأكثر والقريب والبعيد . وفرع الغير يشمل الفرع الذى لاصلة للأصل الموجود به ، ويشمل فرع الغير الذى يكون من فروع هذا الأصل أيضاً ، فالعبرة بالعنوان الذى يطلق على الفرع وقد يكون له أكثر من عنوان ، فهو بوصف كونه من فروعه يكون محجوباً به ، وبوصف كونه من فروع غيره لايكون محجوباً به ، فلو وقف على نفسه ثم على أولاده ثم من بعد كل منهم فعلى

أولاده ثم من بعد كل منهم فعلى أولاده وهكذا إلى آخر الطبقات يكون من بعد كل واحد من أهل طبقة من الطبقات لأولاده ، كان نصيب كل واحد منهم مستقلا عن نصيب الآخر وبمثابة وقف منفرد ، فإذا تزوج واحد من طبقة أولاد الأولاد مثلا بنت عم له منها وماتت الزوجة هذه عن أولاد له منها لم يكونوا محجوبين بالنسبة لاستحقاقها بأبيهم ، لأنهم بالنظر إلى هذا الاستحقاق فرع غيره لافرعه ، والترتيب بالنظر له بينهم و بين أمهم لابينهم وبينه ، ألا ترى أنه لو كان لها أولاد من غيره لم يحجبهم قطعاً فكذلك هؤلاء لأنه لايعتبر أصلا لهم ولا يعتبرون فروعاً له بالنظر لهذا الاستحقاق . وكذلك يكون الحكم على ما أخذ به هذا القانون إذا كان كلام الواقف محتملا ولم يشتمل على نص بعين الترتيب الجلى . أما إذا كان كلامه نصاً فى الترتيب الجلى ولم يشترط الواقف قيام الفرع مقام أصله فانهم يكونون محجوبين به وبسائر أهل طبقته بالنسبة لنصيبه ونصيب أمهم .

وكلمة (غيره) فى المادة وصف لِمَطْوِى مفهوم من السياق وهو « أصل » أى لا يحجب أصل فرع أصل غيره ، وليس المراد أى أصل كان ، بل المراد أصل غيره من الأصول الموقوف عليها بقرينة السياق و بدلالة الترتيب ونص المادة ٥٨ ، فلا يشمل الأصل الذى لا يكون موقوفاً عليه ولا تطبق هذه القاعدة على فرعه . فلو وقف على أولاده ثم على أولاد أولاده الخ وكان له عند الوقف أولاد ماتوا قبله ولهم أولاد فإن أولاده الأموات حين الوقف لايدخلون فيه ويدخل فيه أولادهم ، ولكن ليس لهم أن يطالبوا بالاستحقاق مع أعمامهم بحجة أن الأصل لايحجب فرع غيره ، لأن المراد لا يحجب فرع أصل غيره من الموقوف عليهم ، والواقف لم يجعل لهم استحقاقاً إلا بعد أولاده نصاً ، ولايمكن أن يكون الترتيب بين أولاده وبين أولاد أولاده أفرادياً لأن منهم من ليس له أصل فى أولاده الموقوف عليهم فتعين أن يكون الترتيب بينهم جُمْلياً وأن يعمل بنص الواقف لابهذه القاعده طبقاً للمادة ٥٨ .

٢٤٤ — ولا تطبق قاعدة عدم الحجب الا حيث يكون الوقف على الذرية . و (الوقف) الوارد بهذه المادة اسم جنس أطلق عن كل قيد ، فهو

شامل لما إذا كان الموقوف عليها كل ما وردت عليه عقدة الوقف أو بعضه، وما إذا كان الوقف عليها ابتداء أو بعد غيرها ، مؤقتاً كان أو مؤيداً ، كان استحقاق الذرية فيه واجباً أو اختيارياً أو واجباً واختياريا معاً .

والذرية قد بينا من قبل معناها وما تتناوله فى مواطن متعددة ، وقد أطلقت الذرية هنا عن كل قيد لتشمل ذرية الواقف وذرية غيره كائناً من كان .

ولا بد أن يكون الوقف على الذرية مرتب الطبقات . فلا محل لتطبيق هذه القاعدة إذا كان الوقف على الذرية مشتركا ، جمع الواقف فيه بين البطون كلها وجعل الاستحقاق لمن يوجدون منها معاً ، فلا حجب فى ذلك أصلا ولا يحجب الأصل فرعه ولا فرع غيره . وكذلك يكون الحال لو أنه جعل وقفه طبقات ولكن جمع فى إحداها بين بطنين أو أكثر . كما لو وقف على نفسه ثم على أولاده وأولاد أولاده ثم على ذريتهم الخ فإن أولاده وأولاد أولاده يكونون طبقة استحقاق واحدة وإن كانوا من بطنين وفيهم الأصل والفرع .

ومن الشرط أيضاً أن تكون الطبقات كلها من الذرية . فلا تطبق هذه القاعدة إلا على طبقات الذرية وحدها لا على غيرها من الطبقات ، أى أنه لا بد أن يكون بين الطبقات توالد وتناسل بحيث يكون هناك أصل وفرع . فلو وقف على نفسه وذريته ، أو على أشخاص معينين بأسمائهم وذريتهم أو على أتباعه وخدمه وذريتهم ، أو على أشخاص معينين بأسمائهم وذريتهم ، وكان وقفه فى جميع الأحوال مرتب الطبقات ، طبقت عليه هذه القاعدة فى جميع الطبقات حتى فى الطبقة الأولى منه لأن الوقف كله يسمى فى العرف وقفاً على الذرية . ولا تطبق هذه القاعدة فى وقفه على أولاده لصلبه ثم على إخوته وأخواته ثم على عتقائه ، فهو ، وإن كان وقفاً مرتب الطبقات ، ليست طبقاته من الذرية لأنه لا توالد بينها . ولو وقف على أولاده وذريته ثم على إخوته وذريتهم ثم على أقاربه وذريتهم على أن تكون كل فئة من هذه الفئات الثلاث مرتبة البطون والطبقات فى الاستحقاق كان الوقف على كل فئة منها وقفاً على الذرية مرتب الطبقات

وتطبق عليه هذه القاعدة ، ولكنها لا تطبق على ترتيب الفئات بعضها مع بعض ، وإن كان الوقف على طبقات مرتبة وتعتبر كل فئة طبقة بالنسبة لبقية الفئات ، لأن مجموع هذه الطبقات لا يكون وقفاً يمكن أن يطلق عليه وقف الذرية . ومن الناس من وقف على نفسه ثم من بعده يكون الريع لأكبر أبنائه على أن يكون لأخوة هذا الأكبر وأخواته مرتب معين من الريع مادام حيًّا فإذا مات هذا الأكبر كان الريع لأكبر أبنائه على أن يكون لأخوة هذا الأخير وأخواته هذا المرتب مادام حيًّا وهكذا يجرى الحال فى جميع الطبقات إلى انقراضهم أجمعين ، فالوقف على الأكبر فالأكبر يكون من وقف الذرية مرتب الطبقات ، أما وقف المرتب المعين فليس من وقف الذرية ، وإن كان مرتب الطبقات والطبقات كلها ترجع إلى أصل واحد ، لأن نسل كل طبقة من هذه الطبقات ليس موقوفاً عليه أصلا ولا توالد بين هذه الطبقات وليس فى إحداها أصل وفى الأخرى فرع له .

٢٤٥ — وإذا كان كلام الواقف نصاً فى الترتيب الأفرادى فالأمر واضح ، وفيه يلتقى حكم القانون ومذهب الحنفية فى عدم حجب الأصل فرع غيره عن استحقاقه الأصلى بصفة كونه فرعاً لهذا الغير . وإذا كان كلامه نصاً فى الترتيب الجملى ، ولم ينص على قيام الفرع مقام أصله ، كان الفرع محجوباً بأصله وبغيره من الأصول ولا تطبق هذه القاعدة وفقاً لما جاء بالمادة ٥٨ لأن الواقف قد نص على ما يخالفها ، وإذا كان قد نص على قيام الفرع مقام أصله إذا مات قبل الاستحقاق أو بعده كان الفرع محجوباً بأصله وبغيره بالنظر للاستحقاق الأصلى ، ولكن يعمل بشرطه بالنسبة للاستحقاق الاستثنائى الموقوت الذى جعل له بمقتضى هذا الشرط ، وقد يكون أقل من الاستحقاق الأصلى أو أكثر منه أو مساوياً له . وإذا لم يكن فى كلام الواقف ما يعين أحد الترتيبين كان الترتيب أفرادياً وطبقت هذه القاعدة التى كان المقصد الأصلى منها هو علاج هذه الحال بالعدول عن مذهب الحنفية والأخذ بقول من يرى أن الترتيب فيها يكون ترتيباً أفرادياً . فالترتيب الوارد فى هذه المادة لا يتناول الترتيب الجملى إذا كان بنص صريح من الواقف .

٢٤٦ — ب : قيام الفرع مقام أصله

بعد أن أورد الشارع قاعدة « عدم الحجب » التى تقرر معنى الترتيب الأفرادى ، أعقبها بقاعدة أخرى هى فى الواقع لازم من لوازمها فى أغلب الصور ، وهـذه القاعدة هى أنه إذا كان الوقف على الذرية مرتب الطبقات ومات أحد الموقوف عليهم ، وإن كان آخر طبقتـه موتاً ، وكان له فرع من الموقوف عليهم استحق ما استحقه أصله إن كان موته بعد الاستحقاق ، أو ما كان يستحقه لو بقى حياً إلى أن جاءت نوبة استحقاقه إن كان موته قبل الاستحقاق . وهى قاعدة اشتملت على إثبات أصل الاستحقاق للفرع وبينت مقداره .

٢٤٧ — وإذا كان الوقف مرتب الطبقات ترتيباً افرادياً بحكم هذا القانون الذى تقرره القاعدة السابقة استحق فرعه استحقاقاً فعلياً ، شرط الواقف ذلك أو لم يشرطه ، لأن ثبوت الاستحقاق له نتيجة لازمة لكون الترتيب أفرادياً لأنه لا ترتيب بينه وبين من عدا أصله ، وقد مات من يحجبه ، فأصبح مستحقاً بنفسه من غير حاجة إلى شرط أو نص آخر . وإذا وجد مثل هذا الشرط كان تأكيداً وتفصيلا لما سبق من القول وشرطاً لم يأت بمعنى جديد . ولكن هـذا الفرع لا يستحق طبقاً للمادة ٥٨ وإن كان الترتيب أفرادياً إذا كان للواقف نص صريح يقضى بعدم استحقاقه لأنه فى هـذه الحال يكون محروماً من الاستحقاق بنص من الواقف فيجب العمل به ، إلا إذا كان من أصحاب الاستحقاق الواجب وكان فى نص الواقف حرمان له من كل ما يجب له أو بعضه فانه لا يعمل به .

وإذا كان الترتيب جملياً ، وهو لا يكون كذلك إلا بنص صريح فى كتاب الوقف ، وكان الواقف قد اشترط قيام فرع من مات بعد الاستحقاق مقامه ، أو شرط قيام فرع من مات قبل الاستحقاق مقامه ، أو شرط الأمرين معاً ، ثبت الاستحقاق للفرع بمقتضى شرط الواقف وطبقاً له فحسب ، ويكون هذا الاستحقاق استثنائياً وموقوتاً . ومما ينبغى التنبه له أن هذه القاعدة لا شأن لها بفهم مايشترطه الواقف فى ذلك ولا بالمدى الذى يصل إليه وأن ذلك باق على ما كان عليه الحال

قبل هذا القانون ، فمن كان يرى أن النصّ على استحقاق فرع من مات فى أحد الحالين « قبل الاستحقاق و بعده » يفيد ثبوت هذا الحكم فى الحال الأخرى بدلالة النص لا يوجد فى أحكام هذه القاعدة مايغير موقفه، وكذلك ليس فيها مايغير موقف من كان يذهب إلى أن نص الواقف على حكم إحداهما لايدل على حكم الحالة الأخرى .

و إذا كان الترتيب جملياً ولم يشترط الواقف شيئاً مما ذكر ولم يكن فى ذلك حرمان من الاستحقاق الواجب لم يستحق فرع من مات شيئاً ، بين الواقف من يستحق نصيبه سوى فرعه أو لم يبين . وذلك لأن نصه على أن الترتيب جملى نص فى كتاب الوقف يخالف هذه القاعدة فلا تطبق فى هذه الحال وفقاً للمادة ٥٨ . أما فى حالة الشرط فيثبت الاستحقاق بشرط الواقف استثناء من حكم الترتيب الجملى ويكون نصه على الترتيب الجملى مع هذا الاستثناء غير مخالف لهذه القاعدة فتطبق أحكامها فى حدود الشرط .

٢٤٨ — وقد بينا فيما مضى معنى الفرع وما يتناوله . وهو لا يشمل الفرع إذا كان الوقف ينتهى فى حصة أصله بموته أو كان يجب نقض القسمة بموته ولا الفرع إذا لم يكن موقوفاً عليه أو كان موقوفاً عليه ولكن يمنعه من الاستحقاق مانع آخر غير وجود أصله ، ومن هذا فرع من مات إذا كان بينه و بين الميت أصل له يحجبه عملا بالترتيب الذى نص عليه الواقف و بأحكام المادة ٥٨ . ويشمل فرع من مات وإن كان فرعاً لأصل آخر لا يزال موجوداً ، وفرع من مات و إن كان له أصل آخر مات من قبل واستحق فى الوقف لكونه فرع من مات أولا ، وفرع من مات وكان آخر طبقته موتاً إذا كان الترتيب أفراديًا وفقاً لأحكام هذا القانون .

٢٤٩ — وقد حددت هذه القاعدة المقدار الذى يستحقه فرع من مات عما استحقه هذا الميت أو ما كان يستحقه .

فإذا مات الموقوف عليه بعد الاستحقاق وكان له فرع استحق فرعه ما كان يستحقه عند موته . و إذا كان الترتيب أفراديا فى نظر هذا القانون فالأمر فيه بين

وذلك لأن نصيب أول أصل يكون موقوفاً عليه ثم من بعده هو وحده يكون نصيبه لأولاده ثم من بعد كل واحد منهم يكون نصيبه لأولاده وهكذا إلى آخر الطبقات ، فيكون نصيب كل ميت موقوفاً على فرعه يستحقه استحقاقاً أصلياً بنفسه لا بمقتضى شرط آخر . وإذا كان الترتيب جملياً بنص من الواقف وشرط لفرع من مات هذا المقدار استحقه طبقاً لشرط الواقف المتفق مع هذه القاعدة . ولكن هذا الشرط لايعمل به إذا كان من مات آخر طبقته موتاً لانتهاء العمل به بانقراض الطبقة ونقض القسمة وأيلولة الاستحقاق لطبقة فرعه استحقاقاً أصلياً .

وإذا كان الواقف قد رتب وقفه ترتيباً جملياً وجعل لهذا الفرع أقل من حظ أصله فإنه لايستحق إلاماشرط له ولايستحق أكثر منه . لأن شرط الواقف يكون نصاً يخالف هذه القاعدة فيعمل به ولايعمل بها طبقاً للمادة ٥٨ ، وكذلك يكون الحال فى الترتيب الأفرادى إذا وجد مثل ذلك . فأيا ما كانت الحال لا يعمل بهذه القاعدة إذا كان فى كتاب الوقف نص يخالفها فى قدر الاستحقاق . ومن أمثلة ذلك ماجرى عليه بعض الواقفين من جعل نصف نصيب البنت أو بعضه لذريتها ففى هذه الحال لا تطبق هذه القاعدة ويعمل بنص الواقف سواء أكان الترتيب أفرادياً أو جملياً ، ومن البين أن هذا النص لايعمل به إذا كان فيه إخلال بأحكام الاستحقاق الواجب .

وقد أطلق الاستحقاق فى هذه القاعدة ليتناول كل ما كان يستحقه الميت حين موته سواء أكان استحقاقاً أصلياً أم استحقاقاً آل إليه بموت من ليس له فرع مستحق من أهل طبقته أو من أهل الوقف بمقتضى الأحكام المطبقة إذ ذاك ، كانت أحكام هذا القانون أو غيرها من الأحكام التى يجب العمل بها ، فإن كل ما كان يتناوله إلى وقت موته يكون نصيبه واستحقاقاً له فيجب أن يستحقه فرعه .

ومن البيِّن أن استحقاق الفرع لهذا المقدار يثبت له فى هذه الحال بموت هذا الأصل .

٢٥٠ — وإذا مات الموقوف عليه قبل الاستحقاق وكان له فرع استحق

ما كان يستحقه هذا الميت لو أنه بقى حياً حتى جاءت نوبته فى الاستحقاق بنفسه إذا كان الترتيب أفرادياً فى نظر هذا القانون ، أو بمقتضى شرط الواقف إذا كان الترتيب جملياً بمقتضى نصه ، فاستحقاق الفرع فى هذه الحال متأخر حتما عن وقت موت أصله وله وقت آخر غيره ، وفى هذا يختلف فرع من مات بعد الاستحقاق عن فرع من مات قبله ، ومعرفة قدر مايستحقه تكون بتقديره موجوداً مع من يستحق معهم حينما يجىء وقت استحقاقهم . وتوجيه استحقاق الفرع لهذا المقدار فى حالتى الترتيب الأفرادى والترتيب الجملى مع الشرط هو عين التوجيه الذى بينته فى ولد من مات بعد الاستحقاق ، كما أن استحقاقه لهذا القدر لا يكون إلا إذا لم يكن هناك نص يخالفه ، وإذا لم يكن الميت آخر طبقته موتاً وكان الترتيب جملياً كما ذكر هنالك .

فلو أنه وقف على نفسه ثم على ذريته بالسوية وقفاً ليس فيه استحقاق واجب وكان مرتب الطبقات ترتيباً أفرادياً فى نظر هذا القانون ، أو رتبه ترتيباً جملياً صريحاً ولكنه شرط قيام الفرع مقام أصله واستحقاقه ما استحقه أو كان يستحقه لو كان حياً باقياً ، ومات أحد أولاده بعد الوقف وفى حياته عقيما ثم مات اثنان منهم أيضاً أو لأحدهم أولاد وأولاد لهؤلاء الأولاد ، وللثانى أولاد أولاد وليس له أولاد ثم مات الواقف عمن ذكرنا وعن أربعة أولاد لصلبه ، فلا اعتداد بولده الذى مات ولا فرع له ، وإنما يفرض وجود ولديه اللذين ماتا قبله ولكل منهما فرع ، ويقسم الاستحقاق عليهما وعلى الموجودين من أولاد الواقف عند موته ، وهو الوقت الذى كان يستحق فيه من ماتا لو كانا باقيين ، فيستحق كل منهم السدس فما أصاب كل واحد من الأحياء أخذه ، وما أصاب الميت الذى له أولاد وأولادهم يستحقه أولاده ولا يستحق أولادهم شيئاً منه لأنهم محجوبون بأصولهم ، وما أصاب الآخر يستحقه أولاد أولاده . ويطبق على نصيب من يموت منهم عقيما بعد ذلك حكم الفقرة الأولى من المادة ٣٣ أو ما عساه يكون فى كتاب الوقف من نص يخالفها .

ولو أن الاستحقاق فى هذا الوقف كان كله استحقاقاً واجباً وكان أولاد الواقف الأربعة هم ورثته لا وارث له سواهم يستحق فيه فرع من مات قبل الواقف بالقدر الذى تجيزه المادة ٢٩ ولا يعمل بهذه القاعدة ولا بشرط الواقف فيما زاد عنه لأن فى العمل بذلك إخلالا بأحكام الاستحقاق الواجب . ولو كان الاستحقاق فيه بعضه واجب و بعضه إختيارى طبقت أحكام المواد ٢٤، ٢٩، ٣٠ على الوجه الذى بسطناه آنفاً .

وفى المثال الذى ذكرته أولا فى النبذة « ٢٤٢ » متى مات محمد ابن الواقف كان ما يستحقه لأولاده الموجودين عند موته مع فرض وجود ابنه محمود الذى مات قبله عن ذريته ، وما يصيب الأحياء يأخذونه ، وما يصيب محمودا هو ما كان يستحقه لو كان حيا و يقسم على أولاده الموجودين عند موت والده محمد ابن الواقف مع فرض وجود ابنه أحمد الذى توفى عن أولاد، وما يصيب ابنه أحمد هو ما كان يستحقه حين مجىء وقت استحقاقه لو كان حياً. وهو موت جده محمد ابن الواقف، فيستحقه أولاده ، و إذا مات بعد موت محمد أحد من أولاد الواقف وأولاد محمود وأولاد أحمد عقيما طبقت على استحقاقه الفقرة الأولى من المادة ٣٣ أو النصوص الواردة بكتاب الوقف .

٢٥١ — عرفنا من قبل أنه إذا تعدد فرع من مات كان استحقاقه لجميع هذه الفروع ، و إن لم يكونوا من بطن واحد ، إلا من كان محجو باً بأصله فإنه لا يستحق فيه . وتوزيع هذا الاستحقاق على من يكون له الحق فيه من فروع من مات يكون طبق شرط الواقف فإن نص على التسوية بين الذكر والأنثى سوى بينهم ، و إن نص على أن للذكر مثل حظ الأنثيين عمل به ، وأن فاضل بينهم على غير هذا الوجه أو جعله لبعضهم دون البعض الآخر اتبع شرطه ، و إن سكت ولم يعرض للمقادير كان بالتساوى بينهم لأن التساوى هو الأصل عند الإطلاق ، ولكن هذا فى الاستحقاق الاختيارى ، أما فى الأنصبة الواجبة لأهل الصنف الأول فإن كلا منهم يستحق ما يجب له طبقاً لأحكام المادة ٢٤ سكت الواقف أو نص على غير ذلك ، والاستحقاق الواجب لأهل الصنف

ما كان يستحقه هذا الميت لو أنه بقى حياً حتى جاءت نوبته فى الاستحقاق بنفسه إذا كان الترتيب أفرادياً فى نظر هذا القانون ، أو بمقتضى شرط الواقف إذا كان الترتيب جملياً بمقتضى نصه ، فاستحقاق الفرع فى هذه الحال متأخر حتما عن وقت موت أصله وله وقت آخر غيره ، وفى هذا يختلف فرع من مات بعد الاستحقاق عن فرع من مات قبله ، ومعرفة قدر مايستحقه تكون بتقديره موجوداً مع من يستحق معهم حينما يجىء وقت استحقاقهم . وتوجيه استحقاق الفرع لهذا المقدار فى حالتى الترتيب الأفرادى والترتيب الجملى مع الشرط هو عين التوجيه الذى بينته فى ولد من مات بعد الاستحقاق ، كما أن استحقاقه لهذا القدر لا يكون إلا إذا لم يكن هناك نص يخالفه ، وإذا لم يكن الميت آخر طبقته موتاً وكان الترتيب جملياً كما ذكر هنالك .

فلو أنه وقف على نفسه ثم على ذريته بالسوية وقفاً ليس فيه استحقاق واجب وكان مرتب الطبقات ترتيباً أفرادياً فى نظر هذا القانون، أو رتبه ترتيباً جملياً صريحاً ولكنه شرط قيام الفرع مقام أصله واستحقاقه ما استحقه أو كان يستحقه لو كان حياً باقياً ، ومات أحد أولاده بعد الوقف وفى حياته عقيما ثم مات اثنان منهم أيضاً أو لأحدهم أولاد وأولاد لهؤلاء الأولاد ، وللثانى أولاد أولاد وليس له أولاد ثم مات الواقف عمن ذكرنا وعن أربعة أولاد لصلبه ، فلا اعتداد بولده الذى مات ولافرع له ، وإنما يفرض وجود ولديه اللذين ماتا قبله ولكل منهما فرع ، ويقسم الاستحقاق عليهما وعلى الموجودين من أولاد الواقف عند موته، وهو الوقت الذى كان يستحق فيه من ماتا لو كانا باقيين ، فيستحق كل منهم السدس فما أصاب كل واحد من الأحياء أخذه ، وما أصاب الميت الذى له أولاد وأولادهم يستحقه أولاده ولا يستحق أولادهم شيئاً منه لأنهم محجوبون بأصولهم ، وما أصاب الآخر يستحقه أولاد أولاده . ويطبق على نصيب من يموت منهم عقيما بعد ذلك حكم الفقرة الأولى من المادة ٣٣ أو ما عساه يكون فى كتاب الوقف من نص يخالفها .

ولو أن الاستحقاق فى هذا الوقف كان كله استحقاقاً واجباً وكان أولاد الواقف الأربعةهم ورثته لاوارث له سواهم يستحق فيه فرع من مات قبل الواقف بالقدر الذى تجيزه المادة ٢٩ ولا يعمل بهذه القاعدة ولا بشرط الواقف فيما زاد عنه لأن فى العمل بذلك إخلالا بأحكام الاستحقاق الواجب. ولوكان الاستحقاق فيه بعضه واجب و بعضه إختيارى طبقت أحكام المواد ٢٤، ٢٩، ٣٠ على الوجه الذى بسطناه آنفاً.

وفى المثال الذى ذكرته أولا فى النبذة «٢٤٢» متى مات محمد ابن الواقف كان ما يستحقه لأولاده الموجودين عند موته مع فرض وجود ابنه محمود الذى مات قبله عن ذريته، وما يصيب الأحياء يأخذونه، وما يصيب محمودا هو ما كان يستحقه لو كان حيا و يقسم على أولاده الموجودين عند موت والده محمد ابن الواقف مع فرض وجود ابنه أحمد الذى توفى عن أولاد، وما يصيب ابنه أحمد هو ما كان يستحقه حين مجىء وقت استحقاقه لوكان حياً. وهو موت جده محمد ابن الواقف، فيستحقه أولاده، و إذا مات بعد موت محمد أحد من أولاد الواقف وأولاد محمود وأولاد أحمد عقيما طبقت على استحقاقه الفقرة الأولى من المادة ٣٣ أو النصوص الواردة بكتاب الوقف.

٢٥١ — عرفنا من قبل أنه إذا تعدد فرع من مات كان استحقاقه لجميع هذه الفروع، و إن لم يكونوا من بطن واحد، إلا من كان محجوباً بأصله فإنه لا يستحق فيه. وتوزيع هذا الاستحقاق على من يكون له الحق فيه من فروع من مات يكون طبق شرط الواقف فإن نص على التسوية بين الذكر والأنثى سوى بينهم، و إن نص على أن للذكر مثل حظ الأنثيين عمل به، وأن فاضل بينهم على غير هذا الوجه أو جعله لبعضهم دون البعض الآخر اتبع شرطه، و إن سكت ولم يعرض للمقادير كان بالتساوى بينهم لأن التساوى هو الأصل عند الإطلاق، ولكن هذا فى الاستحقاق الاختيارى، أما فى الأنصبة الواجبة لأهل الصنف الأول فإن كلا منهم يستحق ما يجب له طبقاً لأحكام المادة ٢٤ سكت الواقف أو نص على غير ذلك، والاستحقاق الواجب لأهل الصنف

الثانى يكون طبق شرط الواقف فى التسوية والتفاضل بينهم، أما إن سكت وأطلق فإن سكوته لايكون دليلا على إرادة الواقف التسوية بينهم ولا يعتبر التساوى هنا أصلا لوجود أصل آخر أقوى منه وهو إرادة الشارع مسايرة المواريث بالقدر المستطاع . فإذا وقف عليهم قدر ما يجب وأطلق فى المقادير كان للذكر ضعف الأنثى ، وكذلك يكون الحال لو لم يكونوا من الموقوف عليهم ثم دخلوا فى الاستحقاق طبقاً لأحكام المادتين ٢٤ و ٣٠

٢٥٢ — ج : عدم نقض القسمة :

وقرر الشارع أيضاً قاعدة ثالثة هى مظهر من مظاهر الترتيب الأفرادى ولازم من لوازمه ، وهى أنه إذا كان الوقف على الذرية وكان مرتب الطبقات لا تنقض قسمة الريع على المستحقين بانقراض الطبقة العليا منهم ولا يعاد توزيعه على رؤوس الطبقة التى تليها ، بل يستمر ما آل للفرع عن أصله طبقاً لنص الواقف أو بحكم هذا القانون متنقلا فى فروعه على الوجه الذى تقرر فى القاعدتين السابقتين ، فلا يحجب أصل فرع غيره عن استحقاقه لما استحقه أو كان يستحقه أصله وإن كان أيضاً فرعاً لهذا الأصل الموجود، ويحجب الأصل فرعه بالنظر لاستحقاقه هو بمقتضى النص على الترتيب ، ومن مات من الموقوف عليهم استحق فرعه ما استحقه هذا الميت أو كان يستحقه لو بقى حياً حتى جاء وقت استحقاقه ، وإن كان هذا الفرع فرعا لأصل آخر لا يزال موجوداً أو فرعا لآخر مات من قبل وأخذ استحقاقه أو دخل فيه .

وإذا كان الترتيب أفرادياً فعدم نقض القسمة لازم من لوازمه لأنه لاترتيب إلا بين الفرع وأصله وحده ، وهذا الأصل هو الطبقة السابقة عليه فى الواقع دون سائر أهل طبقته ، ونصيب أول الأصول موقوف عليه ثم من بعده على أولاده ثم من بعد كل منهم يكون نصيبه لأولاده وهكذا فى سائر الطبقات إلى انقراضها وليس موقوفاً على بقية طبقة الأصل الأول ولا على فروعهم ولا دخل لهم فيه

فلا وجه مع هذا لنقض القسمة بانقراض أى طبقة بل يكون نصيب هذا الأصل مصروفاً إلى فروعه طبقاً للقاعدتين السابقتين .

و إذا كان الترتيب جملياً ولم يكن أحد من طبقة سفلى ليستحق مع وجود أحد من الطبقة العليا فلا محل إذ ذاك للقول بنقض القسمة أو عدمه بانقراض أى طبقة من الطبقات لأن المستحق دائماً هو طبقـة واحدة و بموت آخر واحد منها ينتهى التوزيع ولا تكون هناك قسمة قائمة حتى يقال بنقضها أوعدمه و إنما تكون قسمة أخرى على الطبقة التالية حلت محل القسمة المنتهية ، فهذه الحال لاعلاقة لها بهذه القـاعدة .

و إذا كان الترتيب جملياً ، وكان الواقف قد شرط فى الوقف قيام الأصل مقام فرعه، واستحق أناس من الطبقة السفلى بمقتضى هذا الشرط، فهنا يكون محل القول بنقض القسمة وعدم نقضها لأنه حين موت آخر واحد من الطبقة العليا تكون قسمة الريع لاتزال قائمة بتناول الفروع استحقاق أصولهم . ولـكن القسمة فى هذه الحال يجب أن تنقض لنص الواقف على نقضها فيجب العمل بنصه و إن خالف هذه القاعدة طبقاً للمادة ٥٨

فنقض القسمة وعدمه لا محل للكلام فيهما إذا كان الاستحقاق منحصراً فى الطبقة العليا ولا استحقاق لسـواها ، ويكون النقض ممكناً فى ذاته إذا استحق الفروع استحقاقاً أصلياً ، وذلك فى الترتيب الافرادى، ولـكنها لاتنقض لأن نقضها يفسد معنى هذا الترتيب ولا يتفق معه ، أو إذا استحق الفروع استحقاقاً استثنائياً إذا كان الواقف قد رتب وقفه ترتيباً جملياً بنص صريح وشرط قيام الأصل مقام فرعه وهنا يجب نقضها عملا بنص الواقف .

٢٥٣ — بعد هذا الإيضاح يمكننا أن نجمل أحوال نقض القسـمة فيما يلى : —

(١) يجب ألا تنقض القسمة فى الأحوال الآتية :

١ — فى الاستحقاق الواجب إذا انقرض أهل الصنف الأول، و إن اشترط

الواقف نقضها لأن هذا الشرط يبطل لما فيه من المساس بالاستحقاق الواجب .

٢ — فى الاستحقاق الواجب لأهل الصنف الثانى إذا كان الواقف قد رتب بينهم وكان نقض القسمة بانقراض الطبقة يؤدى إلى المساس باستحقاقهم . أما نقض القسمة بين طبقاتهم خاصة فحكمه حكم نقض القسمة فى الاستحقاق الاختيارى .

٣ — فى الاستحقاق الاختيارى ، و إن كان المستحقون من ذوى الأنصبة الواجبة ، إذا كان الترتيب أفراديا ، وذلك فى حالة النص عليه من الواقف يكون فى الحوادث السابقة على القانون والحوادث اللاحقة له على حد سواء ، وفى حالة الاحتمال يكون فى الحوادث اللاحقة وحدها .

(ب) ويجب نقضها فى الأحوال الآتية :

١ — إذا كان الترتيب جمليا بنص الواقف وكان هناك فروع مستحقون بمقتضى شرطه وذلك فى الحوادث السابقة على القانون والحوادث اللاحقة له إذا لم يكن فى ذلك إخلال بأحكام المادة ٢٤ وما يرتبط بها .

ومن هذه الحال مانصت عليه هذه القاعدة من أنه يجب نقض القسمة إذا أدى عدم نقضها إلى حرمان أحد من الموقوف عليهم، كما لو وقف على نفسه ثم على أولاده ثم على أولاد أولاده . . . الخ وكان له أولاد ماتوا قبله ولهم أولاد كانوا موجودين بعد موته ، لأن الترتيب بين الطبقتين الأوليين يكون ترتيبا جمليا كما بينا ذلك من قبل ، وكما لو كان أحد الفروع قد حكم بعدم استحقاقه مع طبقة أصله وكان الحكم نهائيا و بقى نافذا طبقا للمادة ٦٠ إلى انقراض طبقة أصله كما سيجىء .

٢ — إذا كان كلام الواقف محتملا للأمرين وكان هناك فروع مستحقون بشرط الواقف وذلك فى الحوادث السابقة على العمل بهذا القانون طبقا للفقرة الأخيرة من المادة ٥٧ التى تنص على أن أحكام الفقرة الثانية من المادة ٣٢ لا تطبق فى الأحوال التى نقضت فيها قسمة الريع قبل العمل بهذا القانون . فقد عرفنا أن القسمة قبل القانون ما كانت تنتقض بانقراض أى طبقة إذا كان الترتيب بين الطبقات ترتيبا أفراديا بنص الواقف طبقا للأحكام التى كان يعمل

بها قبل صدوره وجاء مؤكداً لها ، وأن قاعدة عدم نقض القسمة التى قررها هذا القانون لاتتناول ما إذا كان الواقف قد نص صراحة على الترتيب الجلى ولا تطبق فى هذه الحال طبقاً للمادة ٥٨ ، فيتعين أن يكون محل التعديل هو هذه الحال التى يختلف فيها حكم القانون عما كان يجرى عليه العمل قبله حيث اعتبرها من الترتيب الأفرادى وكانت من قبل تعتبر من قبيل الترتيب الجلى وتنقض القسمة بانقراض الطبقة حيث يكون هناك مستحقون من فروع أهلها بمقتضى شرط الواقف ، وقد احترم القانون ما كان متبعاً فى ذلك إلى وقت العمل به .

ونقض القسمة قبل القانون و بعده حكم يقرره الفقه ، وهو يتم بانقراض الطبقة من غير توقف على تراض من المستحقين ولا على القضاء ، فمتى انقرضت الطبقة ثبت الاستحقاق لأهل الطبقة التالية طبقاً لحكم الفقه من حين الانقراض وهذا أمر واضح لا شبهة فيه وما كان يصح بحال أن يكون محل أخذ ورد ، ولكن عقب صدور القانون تناثرت حول ذلك آراء مشوشة كان مصدرها كلمة (نقضت فيها القسمة) وأنها تقتضى أن يكون هناك من نقضها ولو أن الشارع أراد غير ذلك لقال (انتقضت) ونسى من يقول بذلك أن (انتقض) مطاوع للفعل (نقض) فالموقف واحد ونسى أو تناسى أن ناقض القسمة هو الحكم الفقهى والتشريع الذى يجب أن يطبق . وأن مثل هذا القول لا ينبغى أن يقف على قدميه ثانية بدور القضاء . وقد اختلف من يرون ذلك فيما بينهم ، فمنهم من ذهب إلى أنه لا بد من أن يكون النقض بغير حكم القانون ، وهذا قد يكون بالقضاء وقد يكون بالرضا، ومنهم من تشدد وقال لابد من حكم قضائى نهائى . ولكن القضاء حتى الآن لم يجار أحداً من الفريقين فيماذهب إليه . وأخيراً قدم إلى مجلس الشيوخ اقتراح يرمى إلى تعديل المادة ٥٧ إما بحذف الفقرة الأخيرة منها أو بجعل عباراتها « فى الأحوال التى نقضت فيها القسمة بحكم نهائى .. » وقد رفضت لجنة العدل هذا الاقتراح بالإجماع ، أما المجلس فقد دارت به مناقشة طويلة تتعلق بشكل الاقتراح وأخيراً طلب المقرر إعادة التقرير إلى الاجنة فأعيد إليها ولم تعد

النظر فيه حتى انتهت الدورة وسيأتى القول فى ذلك مفصلا إن شاء الله فى الملحق الثانى من هذا الكتاب .

(ج) ولا محل للقول بنقض القسمة أو عدم نقضها إذا كان الاستحقاق لطبقة واحدة ولا استحقاق معها لأحد من فروع من ماتوا من الأصول ، إذ لا تكون عند انقراض الطبقة قسمة قائمة حتى يقال بنقضها أو بعدمه .

٢٥٤ — وطبقاً لأحكام المادة ٥٨ لا يطبق شىء من هذه القواعد الثلاث إذا كان فى كتاب الوقف نص يخالفه. وقد اجتنب الشارع أن يعبر بنحو «إذا دل كلام الواقف» أو «إذا كان يفهم من كتاب الوقف» وتحرى أن يأتى بكلمة «نص» ومعنى النص عند الأصوليين والفقهاء محدد بين معروف لا حاجة إلى إيراده هنا . فلا عبرة بالكلام المحتمل ولا المؤول ، ولا بالقرائن المتصيدة من العبارات ، ولا بالقواعد الفقهية المبنية على القول بالترتيب الجلى فى حالة الاحتمال ، وذلك لأن الشارع قد رأى أن الاعتبارات التى حملته على تقرير هذه القواعد أقوى من الإرادة المحتملة فقرر أن ما انبنى على هذه الاعتبارات من الأحكام لا يمكن أن يعطله سوى نص صريح من الواقف يدل على إرادة لا شك فيها .

وقد قدمنا خلال ما مضى من القول أمثلة كثيرة للنصوص الصريحة والعبارات المحتملة فيها الكفاية لتحديد المراد و بيان المقصد .

٢٥٥ — وطبقاً للمادة ٥٨ لا يطبق شىء من هذه القواعد إذا كان فى تطبيقه مساس بأحكام الاستحقاق الواجب . وطبقاً للمادة ٢٤ وما يليها لا يطبق شىء من النصوص والشروط الواردة فى كتاب الوقف إذا كان فى تطبيقها مساس بأحكام هذا الاستحقاق وقد أصبح الأمر فى ذلك غاية فى الجلاء والوضوح .

ولا بد أن أبين هنا حقيقة العبارة التى أضيفت بآخر المادة ٥٨ وهى «فى الأوقاف الصادرة قبل العمل بهذا القانون». أن هذه الإضافة كانت أول الأمر مضطربة ثم أصبحت فيما بعد من نافلة القول . لم تكن هذه الإضافة فى أصل المشروع ، لأن أحداً لم ير حاجة إليها أصلا مع أن أحكام الاستحقاق الواجب لم تكن مطبقة فيه

على شيء من الأوقاف السابقة ،ولما أخذ مجلس النواب بسريان أحكام الاستحقاق الواجب على الأوقاف السابقة المبينة بالمادة ٥٧ ابتعد التفكير عن مثل هذه الإضافة كما هو واضح ، أما لجنة العدل فقد عادت بالمشروع إلى أصله ، ولكنها خشيت أن يكون فى قول المادة ٥٨ « وذلك بدون إخلال بأحكام المادتين ٢٤ و ٣٠» إيهام أو إيحاء بأن أحكام هاتين المادتين تطبق على الأوقاف السابقة وهى خشية لامبرر لها وخوف من أمر لايمكن أن يفهم ، ولهذه الخشية رأت أن تضيف إليهـا « فى الأوقاف الصـادرة بعد العمل بهذا القانون» وقالت عن ذلك فى تقريرها «ولأجل أن يكون مفهوماً أن أحكام المادتين ٢٤و٣٠ لاتطبق إلا على الأوقاف التى تصدر بعد العمل بهذا القانون عدلت المادة ٥٨ بمايتفق مع هـذا المعنى » غير أن هذه الإضافة سقطت من ملحق التقرير المشتمل على النصوص وكتب أمام المادة ٥٨ عبارة«على أصلها» . وأثناء نظر المشروع بالمجلس قال الرئيس « ألفت نظر حضراتكم إلى أنه يوجد تصحيح فى المادة ٥٨ أضيف إلى آخرها وهذا نصه : فى الأوقاف الصادرة قبل العمل بهذا القانون »[1] فأحلت كلمة « قبل » محل كلمة « بعد » كما جاء فى المضبطة ، وذلك خطأ كتابى ولا شك . ولو أن الحكم بقى كما رأت لجنة العدل فى الرجعية لكانت هذه الإضافة بوضعها الحالى نابية جداً . ولكن مجلس الشيوخ لم ير مارأته وأقر ما أقره مجلس النواب وأخـذ بالرجعية وصار للمادتين ٢٤و٣٠ أحكام فى الأوقاف الصادرة بعد العمل بالقانون وفى بعض الأوقاف الصادرة قبله فأصبحت هذه العبارة صحيحة فى الجملة ، غير أن الاقتصار على الأوقاف الصادرة قبل القانون كما هو نص المادة المحرف أو الصادرة بعده كما هو المقصود فى الواقع لايعنى شيئاً ، فالأوقاف السابقة واللاحقة فى ذلك سواء ، هذا إلى أن الإضافة فى ذاتها لاحاجة إليها ولا فائدة منها اقتصرت أو جمعت بين النوعين . وأيا ما كانت الحال فإن وجودها لايمكن أن ينشأ عنه ضرر ولا إخلال بالمعنى. وليس للاقتصار مفهوم . بل هو معطل بنصوص القانون الصريحة .

(١) جلسة ٢٣ إبريل سنة ١٩٤٦

٢٥٦ — والقواعد الثلاث التى اشتملت عليها هذه المادة كما تطبق على الأوقاف الصادرة بعد العمل بهذا القانون تطبق على الأوقاف الصادرة قبله طبقاً لنص المادة ٥٦ . والقاعدتان الأولى والثانية من هذه القواعد تطبق على الحوادث السابقة . وقد كان من مقتضى الأطلاق فى ذلك أن هاتين القاعدتين تطبقان على الحوادث السابقة من غير تحديد وبدون مدى معين يقف عنده تطبيقها . وهذا يستلزم حتما أن نقول فى الأوقاف المرتبة ترتيباً محتملا بأن الترتيب فيها ترتيب أفرادى بين جميع الطبقات وأن ننظر إلى أول طبقة من الموقوف عليهم ونجعل استحقاق من مات منها عن فرع استحقاقاً لفرعه ويبقى ذلك متنقلا فى فروعه هوخاصة على ألا يحجب أصل فرع غيره ومن مات منهم صرف ما استحقه أو كان يستحقه إلى فرعه ونسلسل الاستحقاق على هذا الوجه حتى نصل إلى المستحقين الموجودين فنجعل لكل منهم ما يستحقه طبقاً لهذا التقسيم . هذا هو مقتضى الأطلاق فى تطبيق هاتين القاعدتين ولكن الشارع لم يرد هذا لما فيه من الرجعية السحيقة وزلزلة الاستحقاق والتوزيع اللذين استقرا من عشرات السنين بل المئين وإنما أراد أن يسلك حداً معتدلا لا يعود منه ضرر ذو شأن ، فلا هو منع تطبيقها على الحوادث السابقة بتاتاً ولا هو ذهب فى تطبيقها عليها إلى هذا المدى البعيد ، فاكتفى باستثناء قاعدة عدم نقض القسمة من التطبيق على الحوادث السابقة، أى أنه احترم الرأى القائل بالترتيب الجلي فيما هو محتمل للأمرين حتى آخر طبقة انقرضت قبل العمل بهذا القانون ، ويلزم من هذا حتما ألا تطبق إذ ذاك قاعدة عدم حجب الأصل فرع غيره وقاعدة قيام الفرع مقام أصله بغير شرط من الواقف فيما قبل ذلك من الطبقات لأنهما من لوازم الترتيب الأفرادى ولا يتلاءمان مع الترتيب الجلى الذى احترمه القانون بالنظر لهذه الطبقات ، ولا يمكن مع الاعتراف بصحة ما كان قبل من نقض القسمة كلما انقرضت طبقة أن يقال بانتقال نصيب الأصل لفرعه، لأنه بنقض القسمة لم يبق لهذا الأصل استحقاق وصار الاستحقاق أصلياً للطبقة التى منها فروعه الذين يستحقون بأنفسهم وقد يزيد استحقاقهم عما كان

له أو ينقص عنه . فهاتان القاعدتان لاتطبقان فى الحوادث السابقة إلا بالنسبة للطبقة العليا من الموقوف عليهم التى تكون موجودة حين العمل بهذا القانون وللطبقات التى تليها دون التى فوقها وما سلكه الشارع هو الطريقة المثلى فلم يزلزل الاستحقاق ولم يغير التوزيع ابتداء من أولى طبقات الموقوف عليهم ، الأمر الذى قد يكون ضرره بالغاً وكثيراً ما يؤدى إلى الارتباكات وفتح باب واسع للمنازعات وطول أمد التقاضى، على أنه فى أحوال ليست بالقليلة قد يكون إجراؤه متعسراً تماماً كما أنه لم ينس البر بمن مات أصله وراعى فى الوقت نفسه المساواة بين فروع الطبقة العليا الموجودة عند العمل بهذا القانون فلم يفرق بين من مات أصله قبل العمل بهذا القانون ومن يموت أصله بعد العمل به ، كما أنه رغبة فى الاستقرار اجتنب نقض القسمة بعد العمل بالقانون فيما يكون الترتيب فيه محتملا، إذ لولا تطبيق هاتين القاعدتين على الحوادث السابقه بهذا القدر لوجب استبقاء الترتيب الجملى حتى تنقرض هذه الطبقة ثم تنقض القسمة وإلا أدى ذلك إلى حرمان بعض الموقوف عليهم وهم من مات أصولهم قبل القانون ولم ينالوا من الاستحقاق شيئاً بعد موت أصلهم .

فلو وقف على نفسه ثم على أولاده وذريته بطنا بعد بطن وجيلا بعد جيل تحجب الطبقة العليا منهم الطبقة السفلى، ثم مات وانقرضت الطبقات الأربع الأولى من الموقوف عليهم وكان انقراض الرابعة فى أكتوبر سنة ١٩٤٤ وآل بذلك الاستحقاق إلى الطبقة الخامسة وكانت مكونة من عشرة ، فمات منهم ستة فى المدة ما بين نوفمبر سنة ١٩٤٤ و ١٦ يونيو سنة ١٩٤٦ ، ومات سابع منهم فى يناير سنة ١٩٤٧ ، وبقى منهم ثلاثة ، وكان لكل من مات فرع ، كما أنه كان لهؤلاء العشرة أخ من طبقتهم مات سنة ١٩٤٢ وكان له فرع أيضا ، فلا ينظر إلى الطبقات الأربع التى أنقرضت ولا يطبق عليها شىء من القواعد الثلاث التى قررتها هذه المادة ، وإنما ينظر إلى الطبقة الخامسة التى لم تنقرض قبل العمل بالقانون وتطبق عليها قاعدة عدم الحجب وقاعدة قيام الفرع مقام أصله ، ويجعل الترتيب بينها وبين فروعها ترتيبا أفراديا لا ترتيبا جمليا كما كان الحال من قبل ، ويعمل بهذا

فى الحوادث السابقة وفى اللاحقة على حد سواء ، فمن مات سنة ١٩٤٢ يستحق فرعه ما كان يستحقه لو كان حيا حين انقراض الطبقة الرابعة ، ومن ماتوا بعد الاستحقاق استحق فرع كل منهم ما كان يستحقه أصله حين موته سواء أ كان موته قبل ١٧ يونيه سنة ١٩٤٦ أم كان بعده ، ومن يموت من الثلاثة الباقين عن فرع يصرف استحقاقه لفرعه ومن يموت منهم وليس له فرع يليه فى الاستحقاق طبق على استحقاقه حكم الفقرة الأولى من المادة ٣٣ ، وما استحقه كل فرع من فروع من ماتوا يبقى متنقلا فى فروعه ولا تنقض قسمة الريع فى هذا الوقف بعد ذلك بانقراض أى طبقة . ولو أن الشارع لم يقرر تطبيق القاعدتين الأوليين على الحوادث السابقة وقصر تطبيقها على الحوادث اللاحقة لبقيت فروع السبعة الذين ماتوا قبل ١٧ يونيو سنة ١٩٤٦ محرومين إلى انقراض الثلاثة الباقين ، فى الوقت الذى يستحق فيه فرع من مات فى يناير سنة ١٩٤٧ ربع ريع الوقف ويستحق فيه فرع من يموت من الثلاثة الباقين ما كان يستحقه أصله حين موته. ولوجب نقض قسمة الريع بانقراض الطبقة الخامسة واستئناف قسمة جديدة على رءوس أهل الطبقة السادسة حتى لا يحرم أولاد السبعة الأولين ، ولكن الشارع قد اتقى كل هذه النتائج فأحسن صنعا .

والاستحقاق يثبت لفرع من مات سنة ١٩٤٢ من وقت انقراض الطبقة الرابعة ولفرع كل من الستة التالين له فى الموت من وقت موته ، ولكن ليس لأحد منهم أن يطالب باستحقاقه إلا فى الغلات التى تحدث بعد ١٧ يونيه سنة ١٩٤٦ طبقاً لنص المادة ٥٩

ومن حكم عليه قبل العمل بهذا القانون من فروع هؤلاء السبعة حكماً نهائياً بأنه لا يستحق فى الوقف ما بقى أحد من أهل الطبقة الخامسة لا يثبت له استحقاق بمقتضى هذه المادة ويبقى الحكم نافذاً مابقى طرفا الخصومة التى صدر فيها هذا الحكم طبقاً للمادة ٦٠ . فإذا فرض أن خصمه مات قبل انقراض هذه الطبقة زالت قوة الحكم وثبت له الاستحقاق من ذلك الحين لا قبله ، ولو فرض بقاء الخصمين إلى

انقراضهم لم يثبت له استحقاق قبل ذلك ووجب نقض قسمة الريع هذه واستئناف قسمة جديدة إذ لولا ذلك لحرم هذا المحكوم عليه حرماناً دائماً مع أنه من الموقوف عليهم فيجب نقضها اتقاء لذلك طبقاً للاستثناء الوارد بالفقرة الثانية من هذه المادة .

وأحكام هذه المادة بحذافيرها لا تطبق على الأوقاف الواردة بالمادة ٦١ كما هو صريح الاستثناء الوارد بها . والحق أنى لم أفهم حكمة مما لهذا الاستثناء ، ولقد راجعت فيه وفى أمثاله من كان موكولا إليه أمر الاستثناء ، طيب الله ثراه ، فلم يبد لى مقنعاً ، بل لم يبد شيئاً وأصر على الاستثناء بحجة أن هذا مما أقره مجلس الشيوخ فى المشروع الأول .

٢٥٧ — أقوال الفقهاء

لا يعرف أن بين الفقهاء خلافا فى وجوب العمل بما يدل عليه كلام الواقف إذا كان قاطعاً فى أن الترتيب بين الطبقات ترتيب أفرادى أو ترتيب جُملى، ويؤكد هذا اتفاقهم ، إذا استثنينا ابن تيمية ومن تابعه ، على أن شرط الواقف كنص الشارع وأنه يجب العمل به إلا فى أحوال خاصة بيّناها فيما مضى . والخلاف بين الفقهاء فى مسألة الترتيب ليس خلافاً فى أصل المسألة وليس إلا خلافاً فى فهم عبارات الواقفين ومبلغ دلالتها على ما يريدون .

وقد ذهب فقهاء الحنفية إلى أنه إذا وقف على أكثر من واحد ، عينهم بذواتهم أو بوصف يتناولهم أو بهذا وذاك ، ثم من بعدهم على ذريتهم ونسلهم ، وجعل وقفه مرتب الطبقات ، وكان كلامه قاطعاً فى أن الترتيب بين الطبقات جميعها أو بين بعضها ترتيب أفراد على أفراد كما لو قال « بعد كل منهم » ، وجب العمل بما يقتضيه هذا الترتيب فى الطبقات التى دخلها ، فيكون كل فرع محجوباً بأصله ، ولا يحجب أصل فرع غيره ، ومن مات بعد الاستحقاق كان ما يستحقه استحقاقا لفرعه ، ويستحقه هذا الفرع استحقاقا أصلياً لأنه الطبقة التالية لهذا الأصل فى الاستحقاق ، شرط الواقف ذلك أو لم يشرطه ، ويستحق كل ما كان يستحقه أصله حين موته ، الاستحقاق الأصلى والآيل فى ذلك سواء . ومن مات قبل

أن الواقف إنما نص على قيام فرع من مات قبل الاستحقاق مقام أصله فى الدرجة والاستحقاق فمفهومه أن من مات بعد الاستحقاق لا يقوم فرعه مقامه ولايستحق ما كان يستحقه وقد رتب الواقف الطبقة الرابعة فى أولاده بقوله ثم على ذريتهم فجعل تلك الطبقة مؤخرة عما قبلها وَعَلِىٌّ (الفرع الذى مات أصله) هو من هذه الطبقة ومن جعلوا مستحقين فى هذا الجواب هم من أهل الطبقة الثالثة فيختصون بالاستحقاق عملا بهذا الترتيب. لكن لوقيل باستحقاق على المذكور معهم لكان له وجه وجيه، وذلك لأن الواقف حيث عبر بعد قوله: ثم من بعدهم على أولادهم ثم على أولاد أولادهم ثم على ذريته ونسلهم وعقبهم، بقوله يتداولون ذلك بينهم طبقات طبقة بعد طبقة ونسلا بعد نسل وجيلا بعد جيل الطبقة العليا منهم تحجب الطبقة السفلى من نفسها لا من غيرها، ثم قال كل ذلك مع مراعاة الفريضة الشرعية وحجب الأصل لفرعه فقد أظهر أن مراده بترتيب الطبقات فى وقفه خصوص ترتيب الأصول على الفروع وحجب الأصول لفروعهم فقط لامطلق الترتيب للدرجة العليا على من هى أسفل منها، فصار أهل الدرجة العليا والسفلى مستحقين لريع الوقف بشرط الواقف لدخول السفلى فى الذرية المنصوص عليهم والجميع مشتركين فى الاستحقاق بلا تفاضل ماعدا من نص على حجبه وهو الفرع عند وجود أصله فيدخل عَلِىٌّ المذكور فى استحقاق ريع الوقف لدخوله فيمن ذكر عند عدم وجود أصله الذى يحجبه لو كان حياً. وأما قوله على أن من مات منهم قبل دخوله فى هذا الوقف واستحقاقه لشىء من منافعه وترك فرعاً قام فرعه مقامه... الخ فهو نص على جزئية من عموم ما استفيد من كلامه دفعاً لما عساه أن يتوهم من عدم استحقاق ذلك الفرع الذى مات أصله قبل الدخول فى الوقف والاستحقاق فى الوقف لكونه محل خفاء فى الجملة فعلى هذا كل من ذكر مستحق لعدم وجود الحاجب بعدم وجود أصله. وبعد طبع فتاواه أفتى محكمة الاسكندرية الشرعية بتاريخ ١١ المحرم سنة ١٣١١ بالفتوى رقم ٢٣٣ فى مثل هذا الوقف، ولعله هو، بأن هذا الوقف قد أفتى والده بما مضمونه أن الترتيب فيه ترتيب

طبقات لاترتيب أفراد وجعل قول الواقف الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى من نفسها لا من غيرها تأكيداً لترتيب الطبقات السابق بقوله ثم على أولاده ثم وثم إلى آخره ، وأفتى حضرة مفتى الاسكندرية فى الوقف المذكور ، بتاريخ ٢ جمادى الآخرة سنة ١٣٠٦ رقم ١٨٤ « مضبطة فتاوى »، قبل صدور المرافعة المذكورة ، بأن الذى ظهر له أن الواقف المذكور رتب أولا بين أولاده وذريته بلفظ ثم وثم الخ وبقوله نسلا بعد نسل وجيلا بعد جيل وطبقة بعد طبقة ، ثم خصص هذا الترتيب بترتيب الأصل على فرعه فقط بقوله « الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى من نفسها لا من غيرها » فهذا يدل بمفهومه ومنطوقه على أن الواقف لم يقصد حجب جملة البطن الأسفل بمن هو أعلى منه وإنما قصد أن يحجب كل أصل فرع نفسه لافرع غيره لأن معنى عبارته « تحجب أفراد الطبقة العليا أفراد الطبقة السفلى حال كون أفرادها من نفسها . ولا تحجب أفراد الطبقة السفلى حال كون أفرادها من غيرها » فيؤول المعنى إلى أن يحجب كل أصل فرعه لافرع غيره[1] فيكون قول الواقف الطبقة العليا تحجب الطبقه السفلى من نفسها لا من غيرها مخصصاً لتعميم ترتيب البطون الذى ذكره أولا ، إلى آخر ما ذكره فى هذه الفتوى . وقد ذكرنا فى كتابنا المسمى بالفتاوى المهدية ، المطبوعة ، فى جواب سؤال بتاريخ ٣ جمادى الأولى سنة ١٣٦٥ رقم ٤٥٢ ، وجهين ، وهى نظير هذه الحادثة . أحدهما يوافق ما أجاب به حضرة المرحوم الوالد من أن الترتيب فيه ترتيب طبقات وأن الطبقة العليا هى المستحقة دون من كان أسفل منها. والثانى يوافق ما أفتى به حضرة مفتى الإسكندرية حيث قلنا فى الوجه الثانى المذكور بعد بيان الوجه الأول لكن لوقيل باستحقاق على المذكور معهم لكان له وجه وجيه وذلك . . . (ونقل ما نقلناه سابقاً فى تلك الفتوى) . ثم قال فالمسألة ذات اختلاف فى الأفهام فللقاضى أن يحكم بأيهما شاء حيث لا مانع والله سبحانه وتعالى أعلم[2] .

(١) الظاهر من هذا الكلام أن قول الواقف « يحجب كل أصل فرعه لا فرع غيره » لم تكن محل نزاع وأنها تجعل الترتيب ترتيباً أفراديا لا جليا

(٢) أرسلت هذه الفتوى لمحكمة الاسكندرية فى القضية المحكوم فيها منها والمسجل =

ومع وضوح الحق ودلالة كلام الواقفين دلالة قطعية كما قال الجزايرى ومع ماقرره معاصرو ابن نجيم ، وما ذكره أبو السعود وابن الشلبى والكازرونى وأفتى به الجزايرلى وغيره ، سادت فكرة ابن نجيم فى المحاكم الشرعية بل تجاوزت حدها وطبقت حيث يقول الواقف « لامن غيرها » التى لم تكن فى حادثة ابن نجيم ، وظاهر كلامه أنها لو كانت موجودة لتغير موقفه ، بل طبقت حيث يزيد الواقف قوله « بحيث يحجب كل أصل فرعه لا فرع غيره » الذى لايبقى معه شك فى أن الترتيب أفرادى ويشعر كلام مفتى الاسكندرية أنه محل اتفاق ، وقد أدركت القضاء الشرعى وهو يجرى على أن الترتيب جملى فى كل هذا ، إذا استثنينا النذر اليسير من الأحكام[1] .

وفى سنة ١٩٢٦ بدأ التحول عن ذلك فى الدائرة الأولى بمحكمة مصر الشرعية[2] ، ولكنها لقيت مقاومة من المحكمة العليا الشرعية فى تلك السنة ثم عادت المحكمة العليا فى السنة التالية إلى ما ذهبت إليه هذه الدائرة ثم سادت الفكرة بعد ذلك فى القضاء والافتاء أمداً طويلا ، ثم بدأ التأرجح ثانية ولكن القانون قد أقر هذه القواعد الثلاث فوضع حداً لذلك . ومن الغريب أن فريقاً ممن ذهبوا إلى أن الترتيب فى هذه الأحوال يكون ترتيباً أفرادياً يقول بنقض القسمة بحجة أن الوقف اشتمل على ترتيبين ، ترتيب أفراد وهو ترتيب الفرع على أصله عملا بقول الواقف «من نفسها دون غيرها» الذى اقتضى انتقال نصيب الأصل إلى فرعه ، وترتيب جملة البطن الثانى على انقراض جملة البطن الأول عملا بما قبله

= حكمها فى ١٧ اكتوبر سنة ١٨٩٣ رقم ٩٢ متتابعة ص ٧٠ ج ١

(١) مثل الحكم الصادر من محكمة الاسكندرية فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١١ فى القضية رقم ٢٦ سنة ١٩١١ المؤيد من المحكمة العليا فى ٢٩ إبريل سنة ١٩١٢ فى الاستئناف رقم ٨ سنة ١٩١٢ والحكم الصادر من محكمة مصر الشرعية فى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ فى القضية رقم ١٢٢ سنة ١٩١٨/١٧ والمؤيد من المحكمة العليا بتاريخ ١٧ فبراير سنة ١٩١٩ فى الاستئناف رقم ٣٠ سنة ١٩١٩/١٨ .

(٢) كانت هذه الدائرة مشكلة من حضرة صاحب الفضيلة الأستاذ الجليل الشيخ عبدالمجيد سليم والمرحوم الشيخ محمد المغربى والشيخ محمد فرج السنهورى .

من كلام الواقف الذى اقتضى ترتيب الطبقات، ونسوا ما ذهبوا إليه من أن هذه العبارة خصصت كلامه وبينت ما يريده وعينت أن الترتيب فيه أفرادى ، والحق أننى لم أفهم وجهاً لهذا الصنيع ، لا من طبيعة الترتيب الأفرادى التى تقضى بأن تكون الطبقة السابقة على الفرع هى أصله وحده وتقطع الصلة بينه وبين من عداه من أهل طبقته ، ولا من فقه الحنفية فإنهم قالوا فى الأحوال التى يرون أن الترتيب فيها جملى بعدم استحقاق الفرع بعد موت أصله بدون شرط ، و إذا وجد هذا الشرط كان استحقاق الفرع قبل انقراض طبقة أصله نوعاً آخر من الاستحقاق غير نوع استحقاقه إذا انقرضت هذه الطبقة ، ولذلك قالوا بنقض القسمة وهو كلام متسق لايتنافر بعضه بعضاً ، أما أن نقول أن كلام الواقف قد خصص آخره أوله وجعله دالا على أن الترتيب أفرادى ونجعل للفرع استحقاق أصله الذى مات وان لم يوجد الشرط الاستثنائى « على أن من مات . . . » ونقول إن هذا الشرط إذا وجد لم يَعْدُ أن يكون تأكيداً وتفصيلا لما قبله ودفعاً لما عساه يتوهم ، ثم نعود فنقول أن الترتيب جملى وننقض القسمة بانقراض الطبقة ، فإنه يكون قولا متنافراً وكلاماً متضارباً ، ولعل من قال هذا القول أراد أن يجمع بين الرأيين فجمع بين الترتيبين فكان غير موفق ، أو لعله كان متأثراً بما ذهب إليه بعض فقهاء المالكية وفيه ما قد سمعت وستعلم أن المالكية قالوا عنه أنه ليس هو التحقيق .

وقد فهم ابن نجيم فى كلام للخصاف فهماً حمله على القول بأن الواقف إذا جمع بين بطون الموقوف عليهم بالواو وأعقب ذلك بقوله بطناً بعد بطن وطبقة بعد طبقة تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى على أن من مات عن ولد فنصيبه لولده . الخ استحق ولد من مات بالشرط وتنقض القسمة بانقراض كل طبقة ، أما إن رتب بين البطون بكلمة ثم وأردفها بالشرط السابق انتقل نصيب من يموت إلى ولده و يستمر له ولا تنقض القسمة بانقراض البطن الأول وأيلولة الاستحقاق للبطن الثانى. فهو يرى أن الترتيب بثم ترتيب أفرادى ، و بقول الواقف طبقة بعد طبقة وأشباهه ترتيب جملى متى كان هذا الشرط موجوداً . ولكن هذا الفهم لم يعرف لسواه

وقد زيفه جمع من محشى كتابه الأشباه وألف المقدسى رسالة فى الرد عليه وقال إنه قد زعم أن مخالفيه مخطئون ولكن الأمر بالعكس بلا ارتياب ، ونقل عن أفاضل الحنفية والشافعية الفتوى بغير ما ذهب إليه . وخطأ ابن نجيم فى هذا واضح لايحتاج إلى بيان ، وليس لأحد أن يركن إليه أو يعتبره رأياً فى مذهب الحنفية ولا فهماً سليما لأقوال أئمته .

وإذا رتب الواقف طبقات وقفه وأتى بما يدل قطعاً على الترتيب الجملى فلا خلاف فى العمل بما دل عليه كلامه ، كما لو قال : تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى من نفسها وغيرها أو قال : لا يستحق أحد من بطن أنزل مع وجود أحد من بطن أعلى . أو شرط انتقال نصيب من يموت إلى أهل طبقته دون ولده إن كان . أو نص على نقض القسمة بانقراض كل طبقة ولم يشرط قيام الفرع مقام أصله أو اشترطه . فالترتيب فى هذه الأحوال يكون ترتيباً جملياً ومن يموت لايستحق فرعه بدون شرط ، وتنقض القسمة بانقراض كل طبقة وتستأنف قسمة جديدة على رؤوس الطبقة الثالثة .

وإذا رتب وقفه ولم يكن كلامه قاطعاً فى هذا ولا ذاك كان الترتيب عندهم جملياً أيضاً ، كأن يقول ثم من بعدهم على أولادهم ثم وثم . أو يقول طبقة بعد طبقة . أو يقول بطناً بعد بطن . أو يقول تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى . أو يجمع كلامه بين هذه العبارات كلها ، أو يكتفى ببعضها ، أو يأتى بأشباه ذلك مما يدل على ترتيب الطبقات من غير أن يكون قاطعاً فى نوعه . فالأصل عند الحنفية أن يكون الترتيب بين الطبقات ترتيباً جملياً ما لم ينص على أنه أفرادى أو على ما يلزمه حتما أن يكون الترتيب أفرادياً ، ومتى كان الترتيب جملياً يكون كل واحد من الطبقة السفلى محجوباً بكل واحد من الطبقة العليا وتنقض القسمة بانقراض كل طبقة ، ولا يستحق أحد من بطن أنزل مع أحد من بطن أعلى إلا بشرط الواقف ويكون استحقاقه بالشرط استحقاقا استثنائياً ينتهى بأيلولة الاستحقاق الأصلى إلى طبقته . وإذا شرط استحقاق ولد من مات بعد الاستحقاق واقتصر عليه

لم يستحق ولد من مات قبل الاستحقاق ، وإذا عكس كان الأمر على العكس . وهذا هو صريح كلام أكثر المتأخرين وعليه جرى القضاء الشرعى وإن كانت المحكمة العليا قد ذهبت فى بعض الأحكام إلى أن النص على أحدهما يثبت حكمه للمسكوت عنه بدلالة النص لفهم المناط ولكنه رأى لم يُعَمَّر طويلا والقضاء والإفتاء كانا مستقرين على غيره . هذا هو مذهب الحنفية وما كان يجرى عليه العمل بالمحاكم الشرعية المصرية فيما يتعلق بهذه القواعد الثلاث .

٢٥٨ — وذهب ابن رشد من فقهاء المالكية إلى أنه إذا رتب وأطلق كان الترتيب أفراديا بمعنى أن الفروع لا يدخلون فى الاستحقاق مع أصولهم ولا يشاركونهم أما من يموت فإن حظه يكون لولده وذهب ابن الحاج من فقهائهم إلى مثل ما ذهب إليه الحنفية فى ذلك . وقال الحطاب أن ما ذهب إليه ابن رشد هو الذى يؤخذ من كلام خليل فى المختصر وأن شمس الدين اللقانى أفتى به وأن هذا هو الصحيح المعول عليه وقد أفتى به شيوخهم المتأخرون ممن أدركهم من أهل مصر وغيرها . وقد قال عليش فى فتاواه أن ما حققه ابن رشد هو أن البعدية الواقعة فى لفظ الواقف فى نحو هذا معتبرة بين كل أصل وفرعه فقط أى كأنه قال ثم بعد كل واحد على ولده وليس المراد من بعدهم جميعاً كما ذهب إليه ابن الحاج . ونقل عليش عدة فتاوى للأجهورى ذهب فيها إلى أن ولد من مات يدخلون ولكنه جعل كل واحد كواحد من طبقة أصله ولم يرتض عليش ذلك وعول على ما قرره ابن رشد من أن الذى ينتقل إلى ولد من يموت هو حظ أصله فحسب . وقد نصوا أيضاً على دخول ولد من مات قبل الاستحقاق وهذا أمر طبيعى بعد تصريحهم بأن الترتيب ترتيب آحاد وأنه لا فرق بين الترتيب بثم أو بقول الواقف تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى و بين الترتيب بقوله ثم من بعد كل واحد ، فالصحيح من مذهبهم أن الترتيب فى المطلق ترتيب آحاد ، فلا يحجب أصل فرع غيره ، ومن مات استحق فرعه ما استحقه أو كان يستحقه . ومن تابعوا ابن رشد من فقهائهم ذهبت طائفة منهم إلى أنه إذا انقرضت الطبقة العليا نقضت القسمة واستوى أهل

البطن التالى فيها ، وقد أفتى بذلك الحطاب أخذا من بعض المسائل واعتماداً على ما نقله عن نوازل ابن رشد . أما الطائفة الأخرى فإنها تقول بعدم نقض القسمة بانقراض الطبقات استناداً إلى ما حققه ابن رشد من أن الترتيب معتبر بين كل أصل وفرعه لا بين جملة الأصول وجملة الفروع . وقد أفتى بذلك الناصر اللقانى ولم يرتض ما ذهب إليه الحطاب وتابعه فى ذلك الشيخ عليش فى فتاواه وواضح فى كلامه فيها أنه يستوى فى ذلك ما إذا شرط الواقف انتقال نصيب من مات إلى فرعه وما إذا لم يشترط .

ومذهب الشافعية فى هـذه المسألة لا يختلف مع مذهب الحنفية فى جوهر الموضوع . وإذا شرط الواقف قيام الفرع مقام أصـله فمنهم من قال بعدم نقض القسمة كالسبكى والروياني وولده ومنهم من قال بنقضها ، ذهب إلى ذلك البلقينى والسمهودى والسيوطى والرملى وغيرهم .

وللحنابلة فيما إذا رتب وأطلق ولم يشترط قيام الفرع مقام الأصـل قولان : أحدهما أن الترتيب ترتيب جملة على جملة فلا يستحق أحد من بطن أنزل مع وجود أحد من بطن أعلى وأن لم يكن أصله . وثانيهما أنه ترتيب أفرادى ، إذ مقابلة الجمع بالجمع تقتضى توزيع الأفراد على الأفراد ، كقوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم . وقال تقى الدين ابن تيميه فى الفتاوى أن القول بأن الترتيب ترتيب أفراد على أفراد هو أقوى القولين ، وقال فى الاختيـارات أنه أظهر الوجهين . ولو شرط الواقف مع الترتيب انتقال نصيب من مات إلى ولده انتقل إليه الأصلى والآيل . وقال الإمام ابن تيمية أن هـذا الشرط يعتبر قرينة على أن الواقف أراد أن يكون الترتيب فى وقفه ترتيب أفراد . وفى تعليقه على كتاب الفروع « منقولة عن خط شيخه » أن الأظهر فيمن وقف على ولديه نصفين ثم على أولادهما وأولاد أولادهما وعقبهما بطناً بعد بطن أن ينتقل نصيب كل واحد إلى ولده ثم ولد ولده . وجاء فى شرح المنتهى وفى كشاف القناع ما هو صريح فى عدم نقض القسمة ، ولا ينقل واحد منهما خلافاً فى ذلك ، كما أنى لم أقف على ما يشير إلى هذا الخلاف فيما هو

متداول من كتب الحنابلة . فعدم نقض القسمة مع وجود هذا الشرط لا يعرف فيه خلاف عندهم . وإذا لم يوجد هذا الشرط كان عدم نقضها هو الأظهر عندهم فقد نقل ابن تيمية أن أظهر الوجهين فى المذهب أن الترتيب الذى تفيده العبارات الدالة على مجرد الترتيب يكون ترتيباً أفرادياً[1] .

٢٥٩ — ومما سبق اتضح أن القانون لم يعدل عن مذهب الحنفية فى حالة ما إذا كان كلام الواقف قاطعاً فى أن الترتيب بين الطبقات فى وقفه ترتيب أفرادى ولا فى حالة ما إذا كان قاطعاً فى أنه ترتيب جملى . وإنما عدل عنه فى حالة ما إذا كان كلامه محتملا يمكن أن يحمل على هذا الترتيب أو على ذاك . وقد استند فى هذا إلى أحد القولين فى مذهب المالكية ، وهو قول ابن رشد ومن تابعوه وقيل أنه هو التحقيق وأنه الصحيح المعموله به الذى أفتى به شيوخ المتأخرين . وإلى أحد القولين فى مذهب الحنابلة ، وهو الذى قال فيه ابن تيمية أنه أقوى القولين وأظهر الوجهين فى المذهب .

والأسباب التى دعت إلى العدول عن مذهب الحنفية فى ذلك والأخذ فيه بما ذكر مبسوطة فى المذكرة الإيضاحية .

والأحكام التى قررها القانون هنا لم تكن محل خلاف ولا أخذ ورد فى جميع المراحل التى مر بها مشروع القانون . كما أن نص هذه المادة لم يطرأ عليه خلال هذه المراحل تغيير يستحق الذكر ، فقد كان تغييراً فى الصياغة لم يترتب عليه أى إخلال بأداء المعنى المتفق عليه .

---

(١) ارجع إلى :

ا — الخصاف (٢٩ ، ٧٢ ، ٧٥ وما بعدها) ، الإسعاف (٨٢ ، ٨٤ — ٨٧) ، الاشباه (ج١/١٧٨ وما بعدها) ، تنقيح الحامدية (ج١/١٣٣ — ١٧١) ، رسائل ابن عابدن (ج٢/٥ وما بعدها) ، المهدية (ج٢/٤٥٢ ، ٥٧٤ ، ٧٠٤ ، ٧٣٤ ، ٧٤٦ ، ٧٤٧ ، ٧٧٥ ، ٧٩١) من كتب الحنفية .

ب — الحطاب على خليل (ج٦/٣٠ وما بعدها) ، الدسوقى (ج٤/٢٧ ، ٧٨) ، فتاوى عليش ، (ج٢/٢١٤ وما بعدها) من كتب المالكية .

حـ — الأنوار (ج١/٤٣٣) ، التحفة لابن حجر (ج٢/٣٢٧ وما بعدها) ، فتاوى ابن حجر (ج٣/١٩٥ وما بعدها) من كتب الشافعية .

د — الاختيارات (ص ١٠ وما بعدها) ، فتاوى ابن تيمية (ج٤/٢ وما بعدها) الفروع (ج٢/٨٨٣) الكشاف (ج٢/٤١٤) المنتهى (ج٢/٥١٠) من كتب الحنابلة .

٢٦٠ — ثانياً — نصيب من لا فرع له ، والطبقة فى كلام الواقف

مادة ٣٣ — مع مراعاة أحكام المادة ١٦ إذا مات مستحق وليس له فرع يليه فى الاستحقاق عاد نصيبه إلى غلة الحصة التى كان يستحق فيها.

وإذا كان الوقف مرتب الطبقات وجعل الواقف نصيب من يموت أو يحرم من الوقف أو يبطل استحقاقه فيه لمن فى طبقته أو لأقرب الطبقات اليه كان نصيبه لمن يكون فى طبقته من أهل الحصة التى كان يستحق فيها.

* * *

وهذه المادة تقرر قاعدتين من القواعد التى تتعلق بالترتيب فى الوقف. غير أن أولاهما لا تختص بوقف الذرية ولا بالوقف المرتب ، فهى كما تتناولهما تتناول سواهما كما يتضح مما يأتى ، أما الثانية فإنها خاصة بالوقف مرتب الطبقات.

٢٦١ — ١ — نصيب من لا فرع له

الموقوف عليه قد يموت قبل الاستحقاق وقد يموت بعده. وفى كلتا الحالين قد يكون له بعد موته فرع يليه فى الاستحقاق ، وقد لا يكون. فالصور أربع.

وقد قررت الفقرة الأولى من المادة ٣٢ حكم من يموت من الموقوف عليهم وله فرع يليه فى الاستحقاق سواء أكان موته قبل الاستحقاق أم كان بعده.

والفقرة الأولى من هذه المادة تقرر حكم من يموت بعد الاستحقاق وليس له فرع يليه فيه.

أما من يموت قبل الاستحقاق ولم يكن له فرع يليه فإن هـذا القانون لم يعرض لحكم ما كان يستحقه وأبقاه خاضعاً للراجح من مذهب الحنفية.

٢٦٢ — والحكم الذى تقرره هـذه الفقرة هو عودة نصيب المستحق إذا مات وليس له فرع يليه فى الاستحقاق إلى غلة الحصة التى كان يستحق فيها.

وقد عرفنا من قبل أن المستحق هو الموقوف عليه الذى دخل وقت استحقاقه وثبت له حق الاستحقاق الفعلى ، أى ثبت له الحق فى استيفاء منافع الموقوف

والاستيلاء على ما يوجد أو يكون موجوداً من غلاته . وليس شرطاً فى وصف الموقوف عليه بأنه مستحق أن يكون قد تناول من غلة الوقف أو استوفى نصيبه من منافعه فعلا ، بل يكفى لتحقق هذا الوصف له أن يأتى وقت استحقاقه الفعلى و إن لم يتناول شيئاً .

فلو أن واقفاً وقف أرضاً له على نفسه ثم من بعده على أولاده فمات الواقف وثبت الاستحقاق الفعلى لأولاده فمات أحدهم قبل ظهور الغلة كان موته بعد الاستحقاق و إن لم يتناول شيئاً من غلة الأرض الموقوفة إذ الكلام فى الاستحقاق بمعنى كون الموقوف عليه أصبح ذا سهم حال بحيث لو كانت هناك غلة لأخذ سهمه منها .

وقد أطلق المستحق فى هذه الفقرة ولم يقيد بأى قيد ليتناول الواقف نفسه إذا كان موقوفاً عليه ، وليتناول من كان مستقلا بالاستحقاق ومن كان مشاركا فيه ، وليتناول من يكون مستحقاً استحقاقاً اختيارياً أو استحقاقاً واجباً ، أو استحقاقاً اختيارياً واستحقاقاً واجباً معاً . وأطلق ليتناول أيضاً من يكون مستحقاً فى وقف مرتب الطبقات على الذرية أو على غيرها ، ومن يكون مستحقاً فى وقف ليس فيه إلا طبقة استحقاق واحدة ، سواء أكانت طبقة الاستحقاق هذه مكونة من بطون متعاقبة أم لم تكن إلا بطناً واحدة أم كانت جماعة من الناس ، فهو شامل للمستحق فى وقف جعله الواقف على أولاده وذريته أو على أولاد فلان وذريته وقفاً مرتب البطون ، وفى وقف جعله على أولاده لصلبه أو أولاد فلان لصلبه ولم يزد على ذلك ، وفى وقف جعله على زيد وعمرو وبكر وخالد ولم يزد أو وقفه عليهم وعلى ذريتهم وقفاً مرتب الطبقات ، وفى وقف جعل الموقوف عليهم من جميع البطون مشتركين فى استحقاقه ولم يجعلهم طبقات مرتبة فى الاستحقاق . وأطلق ليتناول أيضاً من يكون مستحقاً استحقاقاً أصلياً بنفسه ، وهذا يتحقق إذا كان الوقف مشتركا بين الموقوف عليهم جميعاً أو كان مرتب الطبقات ترتيباً أفرادياً وفى أهل الطبقة العليا إذا كان مرتباً ترتيباً جملياً ، ومن يكون مستحقاً استحقاقاً استثنائياً موقوتاً

ويكون ذلك فى الطبقات السفلى من الموقوف عليهم إذا كان الوقف مرتباً ترتيباً جملياً بنص من الواقف وشرط فيه قيام الفرع مقام أصله . وأطلق ليتناول أيضاً المستحق الذى ذكره الواقف باسمه كوقفه على أولاده فلان وفلان وفلان ثم على أولادهم وذريتهم أو على محمد وعلى وخالد وزيد ثم على أولادهم ، والمستحق الذى عينه الواقف بوصف يتناوله هو وغيره كالوقف على أولاده أو أولاد فلان أو إخوته أو أقاربه أو عتقائه ، دل هذا الوصف على معنى الجمع كأولادى وأقاربى وإخوتى أو لم يدل كولدى وذى قرابتى ومن يكون زوجاً لى أو معتقاً منى ، وليتناول أى مستحق آخر مهما كانت طريقة تعيين الواقف للموقوف عليهم كالوقف على أولاده الموجودين ومن سيحدثه الله من الأولاد ، والوقف على زوجته فلانة وأولادها ، والوقف على أولاد زيد وأولاد عمرو ، والوقف على زيد وأولاد بكر وأولاد خالد ، إلى غير ذلك من شتى الصور التى ذكرها الفقهاء والصور التى أوردها الواقفون فى أوقافهم ، ومتى قارنا هذا بمذهب الحنفية عرفنا أن هذا الحكم قد قضى على حكمهم بانقطاع النصيب فى بعض هذه الصور وأطلق ليتناول أيضاً المستحق إذا لم يكن آخر طبقته موتاً والمستحق الذى يكون كل الطبقة أو يكون آخرها موتاً ، سواء أكان الترتيب أفرادياً أم كان جملياً ، ولا حرج فى ذلك وإن كان الترتيب جملياً ، لأنه متى مات آخر الطبقة استؤنفت قسمة أخرى لجميع الغلة ومنها نصيب هذا الأخير ، ووزعت جميعها على عدد رؤوس الطبقة التالية ، وبهذا يتحقق معنى عود نصيبه إلى أصل الغلة .

٦٦٣ — النصيب

نصيب المرء فى الشىء هو حظه فيه وقسمه منه ، ولا فرق بين أن يكون هذا الشىء مالا أو منفعة أو حقاً مالياً أو غير مالى ، هذا هو معنى هذه الكلمة فى أصل اللغة . وقد وردت فى واحد وعشرين موضعاً من الكتاب العزيز وليس فى أسلوبه ولا فى متون اللغة التى بأيدينا ما يحمل على القول بأن هذه الكلمة لا تستعمل

إلا حيث يكون القسم حالا ومستحقاً بالفعل . والواقفون قد استعملوها فى كتب أوقافهم بمعنى القسم من الموقوف ، و بمعنى السهم من الاستحقاق فى غلة الموقوف ومنافعه ، وأكثر ما يستعملونها فى السهم من الاستحقاق إذا كان حالا ومتناولا بالفعل . ور بما كان هذا هو الذى حمل الحنفية على القول بأن النصيب حقيقة هو القسم المستحق فعلا ولا يشمل ما لم يكن متناولا ، حتى أنهم قالوا لو أن الواقف شرط فى وقفه « أن من مات كان نصيبه لولده » مثلا يكون شرطه خاصاً بمن يموت بعد الاستحقاق لا بمن يموت قبله ولا يتناول حكم هذا الشرط إلا ما كان مستحقاً له بالفعل حين موته لا ما كان يستحقه لو بقى حياً مما يؤول بعد موته لأهل طبقته . وقد خالف الحنفية فى ذلك فقهاء من المذاهب الأخرى كما وافقهم آخرون ويقول ابن تيمية إنه حقيقة فى المتناول فعلا كما أنه يمكن أن يدل على غير المتناول مجازا ، ولعله يريد الحقيقة العرفية لا اللغوية . وأيا ما كان الأمر فإن عرف الواقفين والعرف القضائى فى مصر قد استقر من زمن بعيد على أن المراد بالنصيب فى الاستحقاق ما هو متناول بالفعل ما لم تكن هناك قرينة تدل على خلاف ذلك .

وهذا القانون قد استعمل كلمة « النصيب » فى مواطن متفرقة ، واستعمله تارة بمعنى قسم من الموقوف كما ورد فى المادتين « ٣٩ ، ٤٦ » ، وتارة بمعنى السهم من الاستحقاق أعم من أن يكون متناولا أو غير متناول كما ورد فى المادة « ٣٤ » وتارة بمعنى السهم من الاستحقاق غير المتناول فعلا كما جاء بالمادة « ٤ » ، وتارة بمعنى السهم من الاستحقاق إذا كان مستحقاً بالفعل ومتناولا كما ورد فى المادة « ١٨ » ولا حرج فى استعمال القانون لها على هذا الوجه ما دام كل ما ذكر مما يندرج تحت المعنى الذى وضعت له وكان المراد فى كل موطن من المواطن متعيناً لا لبس فيه ولا إبهام .

٢٦٤ — والمعنى المراد من النصيب فى هذه الفقرة هو سهم الاستحقاق الذى كان مستحقاً بالفعل لأن الكلام فيمن مات بعد الاستحقاق . وقد أطلق النصيب بهذا المعنى فهو شامل لكل ما كان مستحقاً للميت حين موته ، سواء

أكان استحقاقاً أصلياً أم كان استحقاقاً آيلا له من نصيب مستحق آخر، وسواء أكان استحقاقه لذلك بنفسه أم كان استحقاقه له بمقتضى شرط استثنائى، وسواء أكان استحقاقاً واجباً أم كان استحقاقاً اختيارياً أم كان خليطاً منهما، فكل أولئك مما يصدق عليه اسم النصيب ويتناوله الحكم الوارد بهذه الفقرة.

٢٦٥ — ونصيب الميت هنا هو سهمه فى الاستحقاق بمعنى الحق المجرد، لا سهمه فى الاستحقاق بمعنى العين المستحقة وهى الغلة، فإن السهم فى الاستحقاق بالمعنى الأول هو الذى يمكن القول بانتقاله عنه وعودته بعده إلى غيره من الموقوف عليهم أما سهمه فى الاستحقاق بالمعنى الثانى فليس محلا لذلك، فمتى ظهرت الغلة وثبت للمستحق سهمه فيها كان ملكا خالصاً له ويكون كسائر أملاكه ومن ضمن تركته يطبق عليه ما يطبق عليها وإن كان موته قبل قبضه.

٢٦٦ — الحصة:

الحصة فى اللغة القسم وتجمع على حصص، يقال حَصَّه من المال كذا يَحُصُّه حصل له ذلك نصيباً منه، وأحصصته أعطيته حصة، وتحاص الغرماء اقتسموا المال بينهم حصصاً. فالحصة والنصيب لغة بمعنى واحد، وهو القسم من أى شىء كان. وقد استعمل بهذا المعنى فى لسان الفقهاء وفى كلام الواقفين، فهم يطلقون الحصة ويريدون بها القسم، ويعبرون بها فى جانب الموقوف وفى جانب الاستحقاق بمعنى الحق المجرد وبمعنى العين المستحقة. وإذا عبر بها فى جانب الاستحقاق المجرد قد تطلق على السهم المستحق فعلا وقد تطلق على ماسيستحق ولا أعرف أن أحداً من الفقهاء قال فيها مثل ما قيل فى النصيب من أنه لا يطلق حقيقة إلا على السهم المستحق فعلا ولا أعرف خلافا فى ذلك لأحد، فالمعنى اللغوى فى الحصة باق كما هو فى استعمال الفقهاء والواقفين لم يطرأ عليه عرف خاص، فحصة الموقوف عليه من الغلة قسمه منها، وحصته من الاستحقاق المجرد سهمه فيه استحقه فعلا أو لم يستحقه بعد، وحصته من الموقوف هى القسم الذى جعلت له

غلاته ومنافعه منه ، وقدر هذه الحصة قد يكون معيناً من الواقف ، مفرزاً كان أو شائعاً ، وقد لا يعين الواقف حصة للموقوف عليه من العين الموقوفة حين الوقف ولكن يجعل له سهما معيناً من الريع كالثمن والربع والنصف وفى هذا تعيين حتما لحصته من الأعيان الموقوفة ، وقد لا يكون سهم الموقوف عليه من الريع معيناً ويكون عرضة للزيادة والنقصان كما لو وقف على أولاده أو أولاد زيد بالسوية أو بالتفاضل وإذ ذاك تكون حصة الموقوف عليه فى الموقوف بقدر سهمه الذى يثبت له فى غلة هذا الموقوف ومنافعه ، فتكون حصته إذ ذاك فى الموقوف مما يزيد وينقص تبعاً لزيادة سهمه فى الاستحقاق ونقصه . وأيا ما كان حال الحصة فإنها لا تطلق إلا على الجزء لا على الكل ، اشترك فيه عدد أو استبد به واحد ، ولا يعبر بها إلا حيث يكون هناك اقتسام وأقسام .

٢٦٧ — وهذا القانون قد استعمل الحصة بمعناها اللغوى وهو القسم ، سواء أكان قسما من الموقوف كما ورد فى المواد « ٨ ، ١٦ ، ٣٩ » ، أم كان قسما من الغلة كما ورد فى المادة «٣٦» ، أم كان قسما من الاستحقاق المجرد كما ورد فى المادتين « ١٧ ، ٣٠ » ، ولكنه فى الفقرة الأولى من هذه المادة قد خرج عن هذا المعنى واستعمل الحصة بمعنى الموقوف أعم من أن يكون قسما أو كلا وقد جاء فى المذكرة التفسيرية أن الشارع قد سلك فى هذا التعبير سبيل التسامح الذى دعاه إليه الرغبة فى الإتيان بعبارة جامعة تتناول جميع الصور وتتفق مع التحرير التقنينى .

٢٦٨ — والحصة التى كان الميت يستحق فى غلتها هى أقرب قسم كان الميت يتناول استحقاقه منه وبقى من يستحق فيه بعد وفاة هذا المستحق ، ويستوى فى هذا ما إذا كان ذلك القسم مستحقاً لأصله القريب أو البعيد أو لم يكن لأحد من أصوله استحقاق فيه . فالوقف ينقسم إلى حصص بقدر عدد الطبقة الأولى وقد تنقسم كل حصة بعد صاحبها إلى حصص ثم يتوالى الانقسام فى كل حصة منها أو فى بعض الحصص وقد لا يكون ذلك كما إذا مات صاحب الحصة الأولى ولا فرع له أو كان له فرع واحد . فحصة المستحق هى نصيبه ، والحصة التى يستحق فيها هى

ماذ كرنا. وبهذا يتضح الفرق بين حصة المستحق والحصة التى كان يستحق فيها.
ومتى راعينا التسامح الذى عمد إليه الشارع عرفنا أن الحصة التى كان المستحق يستحق فيها قد تكون كل الموقوف، وقد تكون قسما منه. فلو وقف على أولاده وذريته أو على أولاد فلان وذريته أو على إخوته وأخواته وذريتهم أو على أقاربه وذريتهم أو على عتقائه وذريتهم وقفاً مشتركاً غير مرتب البطون فى الاستحقاق كانت غلته لهم جميعاً توزع على من يوجد منهم عند ظهورها، فمن ولد منهم قبلها استحق فيها ومن مات منهم قبل ظهورها سقط سهمه ولا يحتسب عند القسمة عليهم وبهذا يكون نصيبه فى الاستحقاق قد عاد إلى غلة الحصة «بمعنى الموقوف» التى كان يستحق فيها وهى كل الموقوف. ولو وقف على زيد وبكر وعمرو وخالد ثم من بعدهم على ذريتهم وقفاً مرتب الطبقات ومات مستحق من الطبقة الأولى، وهم الموقوف عليهم المسمون بأسمائهم، ولم يكن له فرع يليه فى الاستحقاق عاد نصيبه إلى أصل الوقف كله، وهو الحصة «بمعنى الموقوف» التى كان يستحق فيها. وإذا انقرضت الطبقة الأولى من هذا الوقف وآل استحقاقه للطبقة الثانية وكان الترتيب فيه جملياً بمقتضى أحكام هذا القانون، ومات مستحق من أهل هذه الطبقة وليس له فرع يليه فى الاستحقاق على النحو الذى سبق بيانه عاد نصيبه إلى أصل الوقف، وهو الحصة «بمعنى الموقوف» التى كان يستحق فى غلتها. ولو أن الواقف كان قد اشترط فى هذا الوقف قيام فرع من يموت من المستحقين مقامه فى الاستحقاق، فمات مستحق من أهل الطبقة الثانية عن ولد واحد واستحق نصيب أصله بمقتضى هذا الشرط ستحقاقا استثنائياً ثم توفى هذا الولد عن ولد واحد فانتقل إليه الاستحقاق بمقتضى هذا الشرط ثم مات هذا الأخير عقيما عاد نصيبه إلى أصل الوقف كله، لأنه هو الحصة «بمعنى الموقوف» التى كان يستحق فى غلتها. ولو أن الواقف وقف على نفسه ثم على أولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات ترتيباً أفرادياً بمقتضى أحكام هذا القانون ثم مات عن ابنين مات أحدهما عن بنت ثم مات الآخر عن أولاد مات بعضهم عن أولاد وبقى بعضهم حياً حتى ماتت بنت ابن الواقف الذى مات

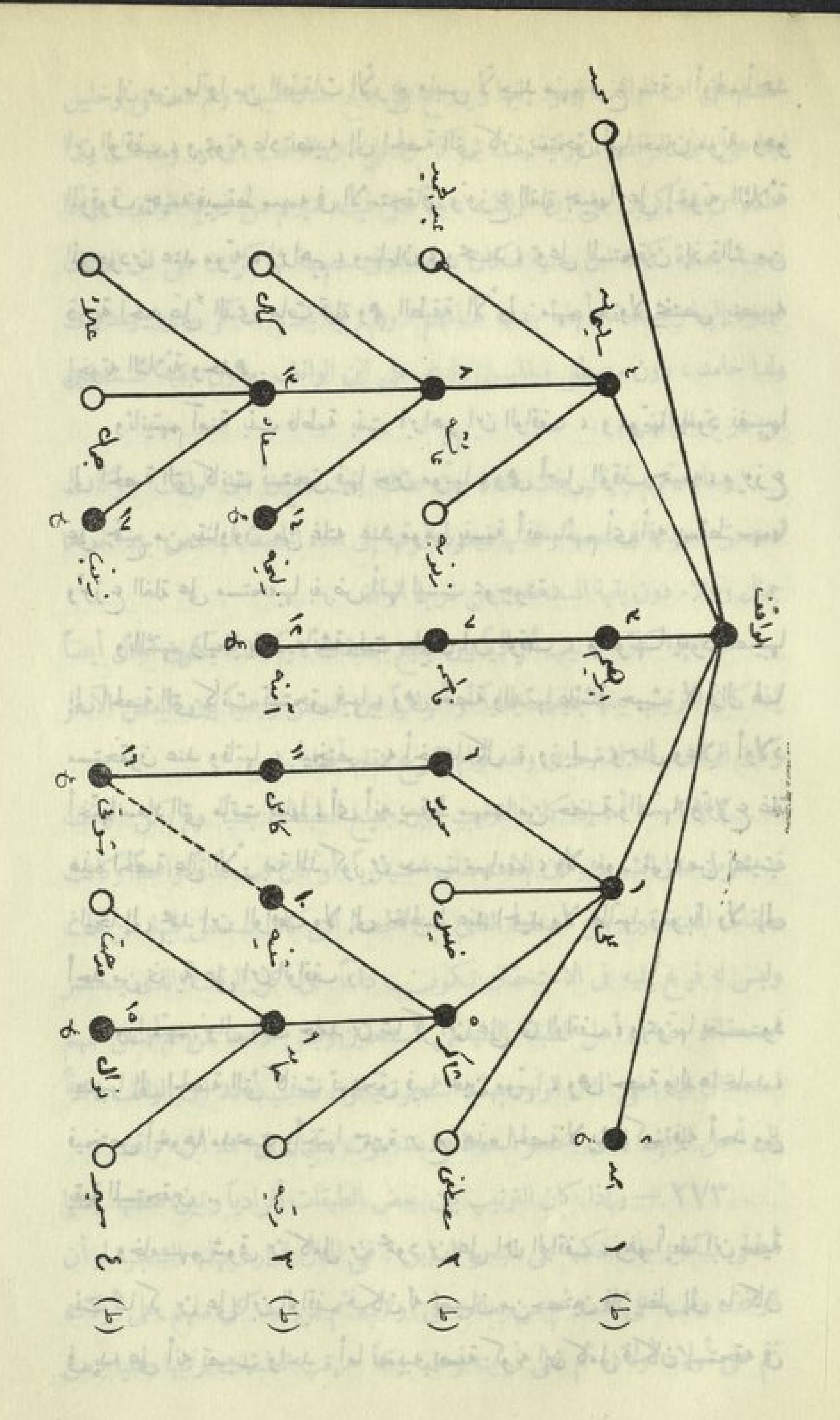
أولا وليس لها فرع أصلا عاد نصيبها وهو نصف استحقاق الوقف إلى أصل الوقف كله لأنه هو الحصة التى كانت تستحق فيها بالمعنى الذى أراده الشارع من الحصة هنا . وهكذا يكون الحكم متى كان الترتيب أفراديا بحكم هذا القانون وانقرض أول أصل وجميع فروعه ، فبموت آخر مستحق منهم يعود الاستحقاق إلى أصل الوقف جميعه .

٢٦٩ — ولو وقف الواقف تسعين فدانا له على نفسه ثم من بعده يكون ثلاثون فدانا منها ، مفرزة كانت أو شائعة ، وقفا على ابنه اسماعيل ثم من بعده على أولاده وذريته وقفا مشتركا أو مرتب الطبقات إلى حين انقراضهم فإذا انقرضوا عن آخرهم كانت وقفا على جهات بر عينها ، وتكون الستون الأخرى وقفا على زوجته جلفدان وابنه احمد بالسوية بينهما ثم من بعدهما على أولادهما وذريتهما ، أو قال ثم من بعد كل منهما على أولاده وذريته ، إلى انقراضهم فإذا انقرضوا كانت وقفا على جهات البر التى وقف عليها بعد ابنه اسماعيل وذريته ثم مات الواقف عن زوجته وابنيه المذكورين ثم ماتت زوجته المذكورة عقيما عاد نصيبها إلى غلة الحصة التى كانت تستحق فيها وهى وقف الستين فدانا ولا تعود إلى أصل التسعين فدانا ولا يستحق اسماعيل أو ذريته شيئاً من نصيبها لأنها لم تكن مستحقة فى الثلاثين فدانا الموقوفة على اسماعيل وذريته . وكذلك يكون الحكم لو أنها لم تمت عقيما وماتت عن ذرية موقوف عليها فاستحقوا ثم انقرضت ذريتها ، أو أن الذى مات أولا عقيما أو عن ذرية انقرضت كان ابنه أحمد ، ولا يصرف شىء إلى جهات البر ما بقى أحد من هذين أو ذريتهما لأن الواقف لم يقف عليها إلا بعد انقراضهم جميعاً ، فإذا انقرضوا جميعا صرف ريع الستين فدانا إلى جهات البر ولا يعود لا هو ولا شىء منه إلى اسماعيل وذريته لأن الواقف قد عين لكل حصة مصرفها بعد انقراض جميع أهلها وإن كان للحصة الأخرى مستحقون موجودون . ولكن لو أن الواقف قال « ومن بعدى تكون ثلاثون فداناً وقفا على إسماعيل وستون وقفاً على جلفدان وأحمد بالسوية ثم من بعد كل منهم فعلى أولاده وذريته فإذا انقرضوا جميعاً

كانت على جهات البر الفلانية » وانقرض إسماعيل وذريته أو انقرضت جلفدان وأحمد وذريتهما فإنه لا يصرف ريع الموقوف الذى انقرض مستحقوه إلى جهات البر لأنه لم يقف عليها إلا بعد انقراض جميع المستحقين ، ومن هـذا عرفنا أنه لا يريد أن يخرج شىء من الريع عن هؤلاء المستحقين إلا بعد انقراضهم جميعاً فلا يصرف ريع الحصة التى انقرض أهلها إلى الفقراء ذهاباً إلى القول بانقطاع مصرفها بل ننظر إليهما كوقف واحد ونقول بعودة ريع هـذه الحصة إلى أصل الوقف ويستحقها أهل الحصة الأخرى .

٢٧٠ — ولو أنه وقف أرضاً له على نفسه ثم من بعده يكون واحد وعشرون قيراطاً من صافى الريع لأولاده ثم لأولادهم وذريتهم إلى انقراضهم فيكون إذ ذاك لجهات بر معينة ، وثلاثة القراريط الأخرى تكون لزوجتيه فلانة وفلانة ثم من بعدهما ، أو من بعد كل منهما ، على ذريتهما أو على ذريتها إلى آخره ثم ماتت إحـدى الزوجتين ولم يكن لها فرع يليها فى الاستحقاق عاد نصيبها إلى الحصة التى كانت تستحق فيها وهى وقف الثمن ولا يعود شىء منه إلى الحصة الأخرى وهى وقف سبعة الأثمان ويجرى فى هذا الوقف من الفروض وأحكامها ما قدمته فى الوقف الذى قبله .

٢٧١ — وإذا وقف على نفسه ثم على ذريته وعقبه وقفاً مرتب الطبقات وكان الترتيب بين جميع الطبقات فى هـذا الوقف ترتيباً أفرادياً طبقاً لأحكام هذا القانون ثم توفى عن أولاده وذريتـه ، وكان التوالد بينهم على النحو الوارد بالشجرة التالية مع مراعاة أن الدائرة السوداء تشير إلى الأموات والدائرة الأخرى تشير إلى الأحياء وأن ترتيب وفياتهم كان طبقاً للأرقام الموضوعة فوق الأموات ، كان التطبيق فى هذا الوقف كما يلى :



إن من ماتوا من الطبقات الأربع وليس لأحد منهم فرع ستة . أولهم أحمد ابن الواقف ، و بموته عاد نصيبه إلى الحصة التى كان يستحق فيها حين موته وهو الموقوف جميعه فيسقط سهمه فى الاستحقاق وتوزع الغلة جميعها على إخوته الثلاثة الموجودين عند موته ، ابراهيم ، وسليمان ، ومحمد ، وعلى المستحقين إذ ذاك من ذرية أخيه عَلِىٍّ الذى مات قبله وهم الطبقة الأولى منهم ، ولا يختص بنصيبه إخوته الثلاثة وحدهم .

وثانيتهم آمنة بنت فاطمة بنت ابراهيم ابن الواقف ، و بموتها يعود نصيبها إلى الحصة التى كانت تستحق فيها حين موتها ، وهى أصل الوقف جميعه ، و يوزع على جميع من يتناولون من غلته عند موتها بنسبة أنصبائهم أى أنه يسقط سهمها وتوزع الغلة على مستحقيها بفرض أنها ليست بموجودة .

وثالثتهم زليخا بنت عائشة بنت سليمان ابن الوقف ، و بموتها يعود نصيبها إلى الحصة التى كانت تستحق فيها ، وهى حصة والدتها عائشة حيث لا يزال لها مستحقون عند وفاتها ، فيختص به أخوها كمال ، وزينب وجمال وعلاء أولاد أختها سعاد التى ماتت قبلها ، أى أنه يسقط سهمها من حصة والدتها وتوزع غلة هذه الحصة على الأربعة المذكورين حسب سهامهم ، ولا يعود شىء من نصيب زليخا إلى محمد ابن الواقف ولا إلى خالها عبد الحميد ولا خالتها زنوبة ولا إلى أحد من ذرية على ابن الواقف .

ورابعتهم نوال بنت حامد بن شاكر ابن على بن الواقف ، و بموتها يعود نصيبها إلى الحصة التى كانت تستحق فيها حين موتها ، وهى حصة والدها حامد ، فيختص أخوها مدحت وأختها سميرة بريع هذه الحصة لا يشاركهم فيه أحد من بقية المستحقين .

وخامسهم شوقى بن كامل بن محمود بن على ابن الواقف ، وهو أيضا ابن سنية بنت شاكر بن على ابن الواقف فكان له نصيبان من حصتين فلا ينظر إلى ما كان فى يده على أنه نصيب واحد . أما نصيبه بصفة كونه ابن كامل فكان يستحقه فى

حصة على ابن الواقف فيعود إليها ويوزع على جميع مستحقيها ، وهم مصطفى وخليل ابنا على ابن الواقف ، ورقية بنت شاكر بن على ابن الواقف ، وسمير ومدحت ولدا حامد بن شاكر بن على ابن الواقف ، ولاحق فيـه لغيرهم من ذرية الواقف . وأما نصيبه بصفة كونه ابن سنية فكان يستحقه فى حصـة شاكر بن على ابن الواقف فيعود إليها ويستحقه أهلها بنسبة سهامهم ، وهم رقية بنت شاكر وسمير ومدحت ولدا حامد ، دون مصطفى وخليـل ولدى على ابن الواقف ودون بقية المستحقين من ذرية الواقف .

وسادستهم زينب بنت سعاد بنت عائشة بنت سليمان ابن الواقف ، وكانت تستحق نصيبها فى حصة والدتها فيعود بموتها إلى هذه الحصة فيختص بها أخواها جمال وعلاء دون بقية المستحقين من ذرية الواقف .

هذا إذا كان الترتيب أفرادياً بين جميع الطبقات . وكذلك يكون الحال أيضاً إذا كان الترتيب بينها جميعهـا جملياً أو أفرادياً بين البعض وجملياً بين البعض الآخر وكان الواقف قد اشترط فى وقفه قيام الفرع مقام أصله .

٢٧٢ — أما إذا كان الترتيب بين جميع الطبقات جملياً ولم يكن الواقف قد شرط هذا الشرط وكان الاستحقاق اختيارياً أو كان استحقاقاً واجباً وكانت طبقات المستحقين من الصنف الثانى فإن الحصة التى كان يستحق فيها من مات وليس له فرع يليه فى الاستحقاق تكون دائماً هى كل الوقف الذى ينحصر استحقاقه حتما فى أهل الطبقة العليا من المستحقين وليس لأحد ممن هم أسفل منهم استحقاق فيه . ففى المثال الوارد بهذه الشجرة يكون نصيب أحمد ابن الواقف عائداً إلى أصل الوقف الذى انحصر استحقاقه بعد موت سليمان فى محمد ابن الواقف .

٢٧٣ — وإذا كان الترتيب بين بعض الطبقات أفرادياً وبين بعضها جمليا أعطى لكل حال حكمها على النحو السابق . ففى المثال الوارد بهذه الشجرة لو أن الواقف وقف على نفسه ثم من بعده على أولاده ثم من بعد كل منهم على أولاده ثم على أولاد أولاده ثم على ذريته وعقبه وقفاً مرتب الطبقات ترتيبا جمليا بنص

منه فيما بعد الطبقة الثانية ولم يشترط قيام الفرع مقام أصله بحال من الأحوال كان نصيب كل من أولاده بعد موته حصة . وكانت حصة كل من على وسليان للطبقة العليا من أولاده دائماً ومن مات منهم كان نصيبه لباقى المستحقين لهذه الحصة . وبموت إبراهيم ينتقل نصيبه لبنته فاطمة وبموتها ينتقل لبنتها آمنة وبموت آمنة يعود هـذا الاستحقاق لأصل الوقف لأنه هو الحصــة التى كانت تستحق فيها بالمعنى الذى أراده الشارع توسعاً وتسمحاً ،وكذلك يكون حكم نصيب أحمد ابن الواقف.

٢٧٤ — هذا بيان معنى الحصــة التى كان يستحق فيها من مات إذا كان الواقف واحداً ووقف عقدة واحدة . أما إذا تعدد الواقفون وصـدر الوقف منهم فى عقدة واحدة فإنه يجب الرجوع إلى إنشاء الوقف وإلى المسلك الذى سلكه الواقفون فى توزيع الاستحقاق ، فإن كانوا قد جعلوه فى الاستحقاق وقفاً واحداً كان معنى الحصة فيه كمعناها فى وقف الواحد سـواء بسواء ، وإن كان كل منهم سلك بوقفه فى الاستحقاق مسلكا غير الذى سلكه الآخر كان وقف كل واحد منهم وقفاً مستقلا عن وقف الآخر . فلو وقف إخوان ما يملكانه فى عقدة واحدة على أنفسهم ثم من بعدهما على أولادهما وذريتهما وقفاً مشتركا أو مرتب الطبقات ترتيباً أفرادياً أو جملياً كان هذا وقفاً واحداً وطبق عليه فى معنى الحصة ما سبق بيانه . ولو أن كلا منهما وقف ما يملكه على نفسه خاصة ثم من بعده على أولاده وذريته كان كل منهما وقفاً مستقلا عن الآخر ويعطى كل منهما حكمه كما لو كان قد صدر فى عقدة مستقلة .

ولو كان للواقف أوقاف متعددة صدر كل منها فى عقدة مستقلة كان كل منها منفصلا عن الآخر وتطبق على كل حالة فيه حكمها ، اتحد الموقوف عليهم أو اختلفوا. وقد عرفنا من قبل أن هذا أيضاً هو حكم الوقف الواحد إذا جعله الواقف حصصاً وكان المسلك الذى سلكه يجعل كل حصة مستقلة عن الأخرى .

ولو كانت له أوقاف صدرت بعقود متعددة ثم غير فى مصارفها باشهاد واحد . أجريت عليها أحكام الوقف الذى صدر فى عقدة واحدة .

٢٧٥ — عودة النصيب إلى غلة الحصة :

عودة النصيب أو السهم إلى أصل الوقف أو إلى غلته أو إلى أصل الحصة أو إلى غلتها من العبارات المتداولة بين الفقهاء من قديم ، وقد صار معناها محدوداً منضبطاً لا يشوبه أى لبس رغم ما فيها من بعض المناقشات اللفظية ، وهم لا يعنون بها إلا اطراح سهم من مات فى الاستحقاق وجعل الغلة جميعها لمن بقى من مستحق الوقف أو الحصة وتوزيع الاستحقاق عليهم بنسبة سهامهم واعتبار سهم من مات كأنه زيادة يتناول كل مستحق منها بقدر سهمه فى الاستحقاق حين مجيئها . وقد جارى الشارع الفقهاء فى هذه المادة واستبقى تعبيرهم هذا وهو يريد منه المعنى الذى أرادوه كما نبه إلى ذلك فى مذكرته التفسيرية ، فهو لا يريد من النصيب إلا سهم الميت فى الاستحقاق المجرد لا نصيبه المستحق له الذى ملكه من الغلة قبل موته وصار كسائر أملاكه الأخرى . ولا يريد من عودته إلى الغلة إلا توزيعه على بقية المستحقين فى الحصة بنسبة سهامهم فيها ، فيستحق كل منهم فى هذا النصيب بقدر سهمه فى الاستحقاق إذا تعددوا ويأخذه جميعه من بقى إذا كان واحداً ، ويستوى فى ذلك ما إذا كان من بقى بعد موته من المستحقين من أهل طبقته وحدها ، أو كان منهم ومن غيرهم ، أو كان من غيرهم لا غير ، وقد يكون ذلك الغير من طبقة أو طبقات أنزل من طبقة الميت وقد يكون من طبقة أو طبقات أعلى منها وقد يكون من النوعين . كما أنه لا فرق بين ما إذا كان الواقف قد ذكر الموقوف عليهم باسم يتناول الباقين منهم أو كان قد عينهم بأسمائهم . ومن هذا يتضح أن حكم هذه الفقرة قد قضى على كثير من صور انقطاع المصرف التى أوردها فقهاء الحنفية ، ولكنه لم يقض تماماً على كل هذا وبقيت أحكامه فى بعض الأحوال التى يوجد فيها نص فى كتاب الوقف يخالف حكم هذه القاعدة .

٢٧٦ — وعودة نصيب من مات بعد الاستحقاق وليس له فرع يليه فى استحقاق هذا النصيب إلى غلة الحصة التى كان يستحق فيها كما يجرى

فى الاستحقاق الاختيارى يجرى فى الاستحقاق الواجب ، وليس فى تطبيق هذا الحكم على الاستحقاق الواجب إخلال بأى شىء من أحكامه ، فإذا كان المستحق الذى مات وليس له فرع يليه فى استحقاق ما كان واجباً له من أهل الصنف الأول فإن وصف الوجوب يزول عن استحقاقه بمجرد موته على هذه الحال ويصبح استحقاقاً اختيارياً ، وإذا كان هذا الميت من أهل الصنف الثانى وكان هناك أحد من ذرية أصله من أهل الصنف الأول فإن استحقاقه يعود إليهم وحدهم لأنهم أهل الحصة التى كان يستحق فيها ، وإن لم يكن لذلك الأصل ذرية فقد زال عن استحقاق هذه الحصة جميعها وصف الوجوب وصار استحقاقاً اختيارياً .

وإذا كان هذا النصيب اختيارياً من أول الأمر أو زالت عنه صفة الوجوب وصار اختيارياً وعاد إلى أصل الغلة لا يتناول منه إلا المستحق الذى وقفه عليه الواقف ولا يتناول منه المستحق الذى لم يقف عليه ولم يثبت له الاستحقاق إلا بحكم القانون . فلو كان له أولاد أربعة ووقف ما يزيد على ثلث ماله على ثلاثة منهم ومات بعد العمل بالقانون واستحق ولده الرابع القدر الواجب له ثم مات أحد الثلاثة عقيما وعاد نصيبه إلى أصل الوقف اختص به الإثنان الباقيان من الموقوف عليهم ولا حق فيه لمن كان محروما لأنه ليس ممن وقف عليهم الواقف والقانون لم يوجب له أكثر مما أخذ .

٢٧٧ – شروط عودة النصيب إلى غلة الحصة :

ونصيب من مات بعد الاستحقاق وليس له فرع يليه فى استحقاق ما كان قد استحقه لا يعود إلى غلة الحصة التى كان هـذا الميت يستحق فيها بدون قيد ولاشرط ، بل هذا مشروط بالشروط الآتية :

الشرط الأول :

أن يموت هذا المستحق وليس له فرع يليه فى الاستحقاق ، أى ليس له من ذريته من يثبت له عقب موته استحقاق ما كان يستحقه هو إما بنص من الواقف أو بمقتضى أحكام هذا القانون . فإذا لم يتوافر هذا الشرط وكان له هـذا الفرع لا يطبق هـذا الحكم وتطبق أحكام الفقرة الأولى من المادة ٣٢ .

وهذا الشرط يتوافر فى أحوال عديدة ، فهو يصدق على ما إذا مات المستحق ولم يكن له فرع أصلا بأن كان عقيما أو كانت له ذرية انقرضت قبل موته . وعلى ما إذا مات المستحق وكان له فرع عند موته ولكنه لا يليه فى استحقاق ما كان يستحقه ، إما لأنه ليس من الموقوف عليهم أصلا كما لو كان الوقف على الزوجة دون ذريتها وتموت بعد الاستحقاق عن ذرية ، وكالوقف على أولاد الظهور دون أولاد البطون فتموت أنثى من أولاد الظهور بعد الاستحقاق عن ذرية ، وإما لكون الفرع من الموقوف عليهم أو من ذوى الاستحقاق الواجب ولكن قام به عند موت أصله سبب صحيح من أسباب الحرمان ، وإما لكونه منهم ولم يقم به سبب صحيح يقتضى حرمانه ولكن وقت استحقاقه فى الوقف لا يحل بموت أصله بل يكون متأخرا عنه كمن وقف على أولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات وكان الاستحقاق فيه اختيارياً ونص الواقف على أن الترتيب فى وقفه ترتيب جملة على جملة ولم يشترط قيام الفرع مقام أصله فمات أحد من أهل الطبقة العليا بعد الاستحقاق عن فرع فإن فرعه هـذا لا يليه هو وحده فى الاستحقاق وإنما تلى

طبقة هـــذا الفرع طبقة أصله فى ذلك ، وكمن وقف على أولاد الظهور على أنه لا استحقاق لأحد من أولاد البطون ما بقى واحـد منهم فإذا انقرضوا جميعاً كان وقفاً على أولاد البطون فماتت أنثى من أولاد الظهور عن فرع قبـل انقراضهم . ففى جميع هذه الصور وأشباهها يصدق على من مات من المستحقين أنه مات وليس له فرع يليه فى الاستحقاق .

٢٧٨ — والذى يعود إلى غلة هذه الحصة هو القدر الذى لامستحق له من فروع من مات بعد الاستحقاق ، سواء أكان كل نصيبه أم كان بعضه ، فوجود فرع يليه فى استحقاق بعض نصيبه لا يؤثر فى عودة البعض الآخر إلى غلة هذه الحصة مادام لا مستحق له من فرعه ، وعـدم وجود مستحق لبعضه لا يؤثر فى استحقاق البعض الآخر الذى له مستحق من الفروع ، وهذا المعنى واضح تمام الوضوح من سياق المادة ، وهو الأمر الذى يؤكده ما جاء بالمادة ٥٨ وما جاء بأحكام الاستحقاق الواجب . فلو وقف على نفسه ثم على أولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات ونص فيه على أن من تموت من بنات الظهور لا تستحق ذريتها غير نصف استحقاقها وسكت عن النصف الآخر ، وماتت واحدة من هؤلاء بعد الاستحقاق عن فرع ، فإن هذا الفرع يستحق نصف نصيبها عملا بنص الواقف أما النصف الآخر فإنه يعود إلى غلة الحصة التى كانت تستحق فيها طبقاً لأحكام هذه الفقرة لأنه سهم كان مستحقاً لها وقد ماتت وليس لها فرع يستحقه عقب موتها .

ولو وقف على نفسه ثم من بعـده على أولاده وزوجته فلانة ثم من بعد كل من أولاده يكون نصيبه لأولاده وذريته ، وشرط أنه إذا ماتت زوجته هذه بعد الاستحقاق صرف بعض نصيبها فى جهات بر عينها وسكت عن مصـير البعض الآخر ، وكان الاستحقاق فى هـــذا الوقف كله استحقاقاً اختيارياً ، وماتت هذه الزوجة ، كان لها فرع أو لم يكن ، صرف لجهات البر ما جعله الواقف لها مما كان مستحقاً لهذه الزوجة طبقاً لنصه ولا يعود إلى غلة الحصة التى كانت تستحق فيها

أما الباقى من نصيبها فإنه يعود إلى غلة هذه الحصة وهى أصل الوقف جميعه لأنه نصيب لمن ماتت بعد الاستحقاق وليس لها فرع يليها فى استحقاقه متى ماتت وليس للواقف نص فيه يخالف ذلك .

ولو وقف أرضاً له ، وكانت كل ما له حين موته ، على نفسه ثم على أخويه فلان وفلان وزوجته فلانة مثالثة ثم من بعدهم على أولاد أخويه وذريتهم وقفاً مرتب الطبقات ، ومات الواقف بعد العمل بهذا القانون ولا وارث له سوى أخويه وزوجته الموقوف عليهم ، فاستحقت هذه الزوجة ثلث هذا الوقف ثم ماتت عن ذرية لها من غير الواقف وكان أحد الأخوين موجوداً والآخر مات قبلها وانتقل نصيبه لأولاده ، إما لأن الترتيب بين الطبقات أفرادى أو عملا بشرط استثنائى إن كان الترتيب جملياً ، فإن ما كان مستحقاً لزوجته استحقاقاً واجباً ، وهو أربعة سهام من أربعة وعشرين سهماً ينقسم إليها الاستحقاق فى جميع الوقف لا يعود إلى غلة الوقف ، إذ لا يصدق عليه أنه نصيب لها وليس لها فرع يليها فى استحقاقه لأن فرعها يليه فى استحقاقه وجوبا طبقا لأحكام الاستحقاق الواجب ، أما بقية استحقاقها ، وهو استحقاق اختيارى ، فإنه يعود إلى أصل الوقف لأنه نصيب ليس للزوجة فرع يليها فى استحقاقه لا بحكم القانون ولا بشرط الواقف وليس للواقف فيه نص يخالف عودته إلى أصل الوقف فيعود إليه ويقسم على الأخ الموجود ومن يستحقون نصيب الأخ الميت بنسبة سهامهم فى الاستحقاق ولا يعتبر منقطعاً مصرفه الفقراء ولا يختص به من فى طبقتها وهو الأخ الباقى حين موتها . وأما فرعها فإنه لا يأخذ منه شيئاً لأن الواقف لم يقف عليه فلا استحقاق له فى الاختيارى والقانون لم يوجب أكثر مما أخذ .

٢٧٩ — وهذا الشرط كما يجب توافره فى الابتداء يجب توافره فى البقاء حتى أنه لو لم يكن للمستحق الذى مات فرع يليه فى الاستحقاق حين موته وعاد نصيبه إلى غلة الحصة التى كان يستحق فيها ثم وجد هذا الفرع بعد ذلك كان استحقاق هذا النصيب لذلك الفرع من هذا الحين ولا يستمر صرفه فى المصرف

الأول . فلو أنه وقف على نفسه ثم على أولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات ثم مات الواقف ومات أحد أولاده بعد الاستحقاق وكان لهذا الولد ابن وليس له فرع سواه وكان هذا الابن قد حرم من الاستحقاق حرماناً صحيحاً عاد نصيب هذا الميت إلى غلة الحصة التي كان يستحق فيها ، ولو أن هذا الابن ولد له بعد ذلك ولد استحق نصيب جده ولا تستمر عودته إلى غلة الحصة لأن الفرع الذى يليه فى الاستحقاق قد وجد فأصبح الشرط غير متوافر فى هذه الحال . وكذلك يكون الحكم لو أن الابن المحروم قد زال حرمانه إما لأن الحرمان كان مؤقتاً بمدة انتهت أو لأن سبب الحرمان قد زال وعاد له الاستحقاق طبقاً لأحكام هذا القانون .

وربما أشعرت عبارة هذه المادة بأن هذا الشرط إنما يعتبر فى الابتداء فقط حيث أخرج الشرط مخرج الحال من فاعل مات وهو «مستحق» ، فيكفى للعودة إلى غلة الحصة على الدوام ألا يكون للمستحق حين موته فرع يليه فى الاستحقاق ، ولكن ذلك غير مراد قطعاً لأن العلة فى عودة النصيب إلى غلة الحصة هى عدم الفرع المستحق والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً على أنه إذا وجد هذا الفرع بعد العودة وكان استحقاقه بنص من الواقف فإنه لا يعمل بهذا الحكم ويعمل بنص الواقف الذى يخالفه طبقاً لأحكام المادة ٥٨ وإن كان استحقاقه بنص القانون فالواجب العمل بهذا النص جمعاً بين النصوص .

٢٨٠ — الشرط الثانى :

ألا يكون فى كتاب الوقف نص[1] يخالف هذا الحكم قضت بذلك أحكام المادة ٥٨ . فإذا وجد فى كتاب الوقف هذا النص وجب العمل به لا بهذا الحكم وإذا لم يوجد ذلك النص طبق هذا الحكم ، فهو واجب التطبيق فى الأحوال التى

---

(١) قلت أثناء شرح المادة ٣٢ «ص ٥٣٢» أن معنى النص عند الأصوليين والفقهاء محدد بين معروف لا حاجة إلى إيراده هنا . ولما وصل فضيلة السيد المصحح أثناء الطبع إلى ذلك الموضع رأى أنه لا غنى عن إيراد موجز لذلك وأبدى من الاعتبارات ما أقنعنى ، فأقول : أصل النص فى اللغة هو الرفع والإظهار أو بلوغ الغاية ، يقال نص المتاع نصاً جعل بعضه =

يقول فيها فقهاء الحنفية بالانقطاع أو بالسكوت إذ لا يوجد فيها نص من الواقف يخالف الحكم الذى تقرره هذه الفقرة .

٢٨١ — والنص الذى يخالف هذا الحكم قد يكون ببيان مصرف آخر لنصيب هذا الميت ، وإذ ذاك يجب أن يصرف هذا النصيب إلى المصرف الذى نص عليه الواقف ، سواء أكان هذا المصرف بعض أهل الحصة التى كان يستحق فيها أم جميعهم أم هم وغيرهم أم مصرفاً آخر سواهم ، خيرياً كان أو أهلياً .

= فوق بعض ، ونص العروس أقعدها على المنصة وهى ما ترفع عليه ، ونص الشىء أظهره . ويقال بلغ الشىء نصه أى منتهاه ، وسير نص أى جد رفيع ، ونص ناقته استخرج أقصى ما عندها من السير ، وقال الامام على إذا بلغ النساء نص الحقاق فالعصبة أولى أى بلغن الغاية التى عقلن فيها أو قدرن فيها . ومن معانيه المجازية استعماله فى رفع الحديث النبوى ، ونصب السيد والأمير والتوقيف والتعيين على شىء ما .

ويطلق فى لسان الأصوليين والفقهاء على عدة معان :

(١) قسم الأصوليون لفظ الكتاب والسنة بالنسبة للمعنى إلى أربعة تقسيمات ، تقسيم بالنظر لوضع اللفظ للمعنى ، وتقسيم بالنظر لاستعمال اللفظ فى المعنى ، وتقسيم بالنظر لكيفية دلالة اللفظ على المعنى ، وتقسيم بالنظر لظهور المعنى وخفائه . وقالوا فى التقسيم الأخير أن لفظ الكتاب والسنة باعتبار وضوح المعنى إما أن يكون ظاهراً ، أو نصاً ، أو مفسراً ، أو محكماً ، وباعتبار الخفاء إما أن يكون خفياً ، أو مشكلا ، أو مجملا ، أو متشابهاً . والظاهر فى عرفهم هو اللفظ الذى يظهر المراد منه بمجرد سماع صيغته مع احتماله للتأويل والتخصيص والنسخ احتمالا غير ناشىء عن دليل . والنص هو اللفظ الذى يزداد فيه الوضوح على الظاهر لمعنى من جهة المتكلم هو سوقه الكلام لأداء المعنى الذى تظهر إرادته من اللفظ ، وقيل أن ما يزداد به الوضوح هو انضمام قرينة نطقية ، سياقية أو سباقية ، والنص يقوم معه الاحتمال المذكور فى الظاهر . وقد اختلفوا فى إفادة كل من الظاهر والنص للمعنى ، فذهب الكرخى والجصاص وعامة المتأخرين إلى أن كلا منهما يفيد القطع ولا عبرة بالاحتمال الذى لم ينشأ عن دليل وصرح فى كتب الأصول بأن هذا الرأى هو الأصح ، وذهب أبو منصور وآخرون إلى أنه ظنى لأن الاحتمال وإن كان بعيداً يكون مانعاً من اليقين . وقال السعد فى التلويح والحق أن الأصل فيهما إفادة القطع ، وقد يفيدان الظن إذا كان احتمال غير المراد ناشئاً عن دليل — والمفسر هو اللفظ يزداد فيه الوضوح على وضوح النص لأنه لحقه بيان التفسير أو بيان التقرير فأصبح لا يحتمل تأويلا ولا تخصيصاً ولا يحتمل غير النسخ . والمحكم هو الذى يزداد قوة على المفسر بعدم احتماله للنسخ وإن لم يزد عنه وضوحاً . وكل من المفسر والمحكم يفيد القطع إجماعاً .

فالنص بهذا المعنى لا يطلق إلا على لفظ الكتاب والسنة ، بشرط أن تكون صيغته واضحة الدلالة على المراد ، وألا يوجد دليل على احتمال غيره ، وأن يزداد هذا الوضوح بقرينة تنضم إلى الصيغة . ودلالة النص على ما يظهر أنه المراد قطعية على ما هو الحق الراجح .

(ب) وقد يطلق النص على لفظ الكتاب والسنة خاصة ، ظاهراً كان أو نصاً بالمعنى السابق =

وقد يكون هذا النص مخالفاً لهذا الحكم فى بعض التنصيب ومبنياً لمصرف هذا البعض كبعض الأمثلة التى سبقت فى النبذة « ٢٧٨ »[1] وكما لو وقف على نفسه ثم على من يكون فى عصمته من الزوجات حين موته وعلى من يحدثه الله له من الأولاد ثم من بعدهم على ذرية من يحدث له من الولد فإذا انقرض هؤلاء الموقوف عليهم جميعاً كان وقفاً على أخوته ثم على ذريتهم وشرط أن يكون سهم الزوجة أو الزوجات فى الاستحقاق كسهمها فى ميراثه ولم يزد على ذلك فمات ولم يحدث له ولد وكان له زوجة وإخوة فإن إخوته لا يستحقون شيئاً لعدم تحقق شرط

=أو مفسراً أو محكماً أو خفياً، حقيقة كان أو مجازاً صريحاً كان أو كناية، وأكثر مايستعمل بهذا المعنى يكون إذا وقع فى مقابلة الإجماع والقياس وسائر أدلة الأحكام ، كما اعتاد الفقهاء أن يقولوا أن هذا الحكم ثابت بالنص أو ثابت بالنص والإجماع ، أو ثابت بالنص وبالقياس .

(ج) وقد يطلق النص أيضاً على اللفظ متى كان متضح المعنى ، لا فرق بين أن يكون من الكتاب والسنة أو من غيرهما ، ظاهراً كان أو نصاً بالمعنى الأول أو مفسراً أو محكماً ، حقيقة كان أو مجازاً ، صريحاً كان أو كناية ، فهو لا يتناول اللفظ إذا كان فى دلالته على المعنى خفاء نشأ هذا الخفاء عن صيغته أو عن معنى آخر . واستعماله بهذا المعنى متعارف عند الفقهاء وخاصة الشافعية الحنابلة . وهو المعنى الذى صرح به فقهاء الحنفية والشافعية حينما تكلموا عن نص الواقف ووجوب العمل به ونقض الحكم الذى يخالفه كما نقل ذلك ابن عابدين فى رسائله (ج ٢/٢٥) .

وهذا القانون قد استعمل كلمة « نص » فى المادة ٥٨ ، وهو لايريد منها إلا المعنى الأخير لأنه هو المراد من نص الواقف فى كتب الفقه ، ولأنه لايمكن أن يريد المعنى الأول ، حتى مع إطراح قيد أن يكون الكلام من الكتاب والسنة ، إذ لا مبرر لإهدار كلام الواقف إذا كان مفسراً أو محكماً مع أنه أوضح وأقوى من النص ، ولا لإهداره إذا كان من قبيل الظاهر لوضوح دلالته على المراد ، واحتمال غيره احتمال بعيد لم ينشأ عن دليل ولذلك اعتبرت دلالته قطعية . كما أنه لا يمكن أن يراد المعنى الثانى ، لأن الشارع إنما قرر الأحكام الواردة بالمواد المبينة فى المادة ٥٨ لأنه رأى فيها مصلحة واضحة ، فليس من المقبول أن يعدل عن تطبيقها احتراماً لإرادة للواقف محتملة غير واضحة وعملا بكلامه الخفى أو المشكل أو المجمل . فتعين أن يكون الشارع قد أراد بالنص معناه الأخير ، وهو الذى يسنده المعنى اللغوى للكلمة . فاتساق الأحكام والاستعمال الفقهى والأصل اللغوى كل أولئك يعين إرادة المعنى الثالث .

فروح كتاب الوقف أو غرض الواقف وما يفهم من مجموع كتابه لا يسمى نصاً إذا لم يدل عليه لفظ خاص وكان متصيداً من القرائن . وكلام الواقف الخاص لايسمى نصاً على المخالفة إذا كانت دلالته عليها خفية مهما كان سبب الخفاء . ومفهوم المخالفة ليست من باب النص أيضاً .

فلا بد أن يكون كلام الواقف واضح الدلالة على المراد قاطعاً فى ذلك ومما يصح أن يسمى ظاهراً أو نصاً بالمعنى الأول أو مفسراً . ويستوى بعد تحقق هـذا الوضوح أن تكون إفادته للمعنى بطريق العبارة أو الإشارة أو الدلالة أو الاقتضاء ، كما يستوى أن يكون حقيقة أو مجازاً ، صريحاً أو كناية .

---

(١) ص ٥٦٤ ، ٥٦٥

استحقاقهم ونصيب الواقف، وهو كل الاستحقاق ، فى بعضه نص فيعمل به وتستحق الزوجة الربع بمقتضاه وباقيه لا نص فيه فلا يكون منقطعاً بل يعود إلى أصل الغلة فتستحقه الزوجة أيضاً بمقتضى هـذا الحكم الذى لا يوجد فى كتاب الوقف نص يخالفه .

وقد لا يكون هذا النص مبيناً لمصرف هذا النصيب كما لو وقف على أولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات ترتيباً جملياً طبقاً لأحكام هذا القانون ولم يشترط قيام الفرع مقام أصله وشرط أن من مات من المستحقين لا يصرف نصيبه لأهل طبقته ولم يزد ومات أحد المستحقين قبل انقراض طبقته ، فإن هذا الحكم لا يطبق ولا يعود استحقاق الميت إلى الغلة عملا بشرط الواقف ، وفى هذه الحال لا مناص من القول بالانقطاع فى هذا النصيب إلا إذا قلنا ببطلان هذا الشرط طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢ . وكما لو وقف على نفسه ثم على من يكون فى عصمته من الزوجات حين موته وعلى من سيحدثه الله له من الأولاد ثم من بعدهم على أولاد من يحدث له من الولد وذريتهم وقفاً مرتب الطبقات ترتيباً جملياً ولم يشترط قيام الفرع مقام أصله ، واشترط أن يكون للزوجة أو الزوجات الثمن إن كان له ولد حين موته وأن يكون لها أو لهن الربع إن لم يكن له ولد حينذاك على ألا يكون للزوجة أو الزوجات فى وقفه هذا استحقاق أكثر من الثمن أو الربع بحال من الأحوال ثم قال فإذا انقرض جميع الموقوف عليهم من الزوجات والذرية كان ذلك وقفاً على إخوته ثم على ذريتهم ، فإذا مات وكان له زوجة أو زوجات وإخوة وكان له ابن حدث بعد الوقف واستحق سبعة أثمان الوقف ثم مات عقيما كان نصيبه منقطعاً ، فلا يعود إلى أصل الغلة ، إذ معنى عودته إليها صرف هذا الاستحقاق إلى الزوجة أو الزوجات والواقف قد نص على خلاف ذلك بشرطه ألا يكون للزوجات استحقاق فى وقفه أكثر من الثمن بحال ، ولا يكون وقفاً على الأخوة لأنه لم يقف عليهم إلا بعد انقراض الزوجات والذرية فلم يتحقق شرط استحقاقهم ولم تأت نوبتهم فلا استحقاق لهم إلى أن يتحقق شرط الواقف بانقراض جميع الموقوف عليهم . ولو أن هذا

الواقف مات عن أولاد حدثوا له بعد الوقف وعن زوجة ثم ماتت الزوجة مع وجود أولاده عاد نصيبها إلى أصل الغلة لأنها مستحق مات وليس له فرع يليه فى الاستحقاق فيصرف نصيبها إلى من يتناولون غلة الوقف وهم أولاد الواقف فانه ليس له نص يخالف هذا الحكم ، ولو أن الذى مات كان أحد أولاده وكان لهذا الميت ولد فان نصيبه يعود إلى أصل الغلة لأنه مستحق مات وليس له ولد يليه فى الاستحقاق حين موته ، ولكن إذا عاد إلى أصل الغلة استحقه من يتناولونها سوى الزوجة فانها لا تستحق فيه شيئاً عملا بنص الواقف الذى يخالف ذلك . فالنص المخالف كما يمنع عودة النصيب إلى الغلة أصلا يمنع أن يستحق فيه بعض المتناولين منها وإن لم يمنع أصل عودة النصيب إلى غلة الحصة التى كان الميت يستحق فيها ، أى أنه كما يمنع عودته إلى جميع أهلها يمنع عودته إلى بعضهم دون البعض الآخر[1] .

ومن هذا تبين أن النص المخالف قد يؤدى إلى انقطاع نصيب الميت فى جميع الأوضاع أو فى بعضها وأن الشارع لم يتيسر له القضاء على فكرة الانقطاع قضاء تاماً وأنها بقيت تطل برأسها فى أحوال قليلة .

٢٨٢ — وكما يطبق الحكم بعودة النصيب إلى غلة الحصة على جميع ما كان يتناوله المستحق أصلياً كان أو آيلا ، يطبق النص الذى يخالف هذا الحكم على جميع ذلك ، ولا يختص واحد منهما بالأصلى دون الآيل فإن مرد ذلك إلى معنى النصيب ، وهذا القانون قد أراد من النصيب فى الاستحقاق جميع ما كان يستحقه الميت فعلا سواء أ كان أصلياً أم آل إليه من استحقاق موقوف عليهم آخرين كما نص على ذلك نصاً قاطعا فى مذكرته التفسيرية . وذلك لأن النصيب الآيل انقطعت نسبته إلى من كان يتناوله ولم يعد بعد نصيبا له وصار نصيبا لمن آل إليه إلا إذا وجد ثانياً فى المرتبة التى قبله من يستحقه فإنه يتحول عمن آل إليه

---

(١) ولا تنس أنه إذا عاد إلى أصل الغلة قد يأخذه بعض المستحقين دون البعض الآخر بسبب غير النص المخالف انظر (ص٥٦٥).

ويعود لذلك المستحق . ومن هذا يخرج أن النص المخالف للحكم الذى تقرره هذه الفقرة إذا طبق وانتقل الاستحقاق بمقتضاه إلى آخرين ومات أحدهم وكان هـذا النص المخالف لا ينطبق عليه فأنه لا يطبق مرة ثانية على ما آل للمتوفى الثانى باعتباره نصيبا للمتوفى الأول الذى كان ينطبق عليه . فلو وقف على أولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات وشرط أن من يموت عن ولد يكون نصيبه لولده ومن يموت ولا ولد له يكون نصيبه لأقربهم نسباً إليه ومات مستحق لا ولد له وآل نصيبه إلى أقرب الناس إليه نسبا من الموقوف عليهم ثم مات واحد من هؤلاء الأقربين عن ولد انتقل جميع ما كان يتناوله إلى ولده ولا ينظر إلى ما آل إليه على أنه من نصيب المتوفى الأول فلا يعمل فيه بالحكم المقرر هنا لأنه من نصيب من مات وله ولد يليه فى الاستحقاق ، ولو مات واحد من هؤلاء الأقربين ولم يكن له ولد كان نصيبه ، أصليا وآيلا ، لمن هو أقرب إليـه هو ولا يعود ما آل إليه من الأول لمن هو أقرب إلى المتوفى الأول بعـده . ولو وقف على أولاده ثم على أولاد أولاده ثم على ذريته ونسله ولم يشترط فى بقيـة الطبقات ما شرطه فى الطبقتين الأوليين ، ومات واحد من أولاد أولاده ولم يكن له ولد وكان أقرب الناس إليه واحد من الطبقة الثالثة فاستحق نصيبه ثم مات هذا الأقرب طبقت على نصيبه أحكام هذه الفقرة وعاد لأصـل الغلة ولا يطبق عليه الشرط المخالف لها لأنه لم يشترط بالنسبة لاسـتحقاق من يموت من الطبقات الأخرى ولا ينظر إلى نصيبه على أنه نصيب من مات من الطبقة الثانية لانقطاع نسبته إليه ولأنه صار نصيب من مات من الطبقة الثالثة[1] .

(١) نقل ابن عابدين فى تنقيح الحامدية أن البيرى ذكر فى شرح الأشـباه أن النصيب المنتقل يشترط فيه أن يكون المنتقل عنه استحقه بنفسه بشرط الواقف الأول ، حتى لو مات الإبن المنتقل إليه نصيب أبيه لا ينتقل هذا النصيب إلى ابنه لأنه ليس بنصيب أبيـه بل نصيب جده ونصيب أبيه هو الذى استحقه أبوه من الوقف بنفسـه وقال فتأمله فقد جهله الكثير من أهل العصر . وقال ابن عابدين لكن فيه نظر ثم قال ومثله الانتقال إلى أهل الدرجة ولم أر من قيده كذلك بالنصيب الأصلى إلا ما نقله المؤلف «الحامدى» عن مفتى طرابلس . ونقل فتوى هـذا المفتى وحاصلها أنه أفتى فى وقف شرط واقفه أن من مات من مستحقيه عن غير نسل عاد ما كان جاريا عليه إلى من هو فى درجته وذوى طبقته من أهل الوقف يقدم فى ذلك الأقرب فالأقرب =

٢٨٣ — بعض الأحوال التي يوجد فيها نص مخالف

متى كان للواقف كلام يعتبر نصاً فى مخالفة هذا الحكم وكان معتبراً لم يطبق هذا الحكم وعمل بكلام الواقف وإن لم يكن نصاً فيما وراء هذه المخالفة ، فإن الشارع قد أناط عدم تطبيقه بوجود النص الذى يخالفه ، فالمدار عنده هو مجرد أن يكون كلام الواقف نصاً فى مخالفة هذا الحكم من غير نظر إلى شىء آخر ، فإذا كان كلام الواقف نصاً فى المخالفة ونصاً فى غيرها أيضاً فالأمر واضح ، وإن ن نصاً فى المخالفة ولكن فى دلالته الأخرى خفاء لم يعمل بهذا الحكم وعمل بكلام الواقف مع مراعاة تطبيق أحكام المادة العاشرة والأحكام الأخرى التى عساها تكون متعلقة بموضوع هذا الكلام ، وسنورد فيما يلى أمثلة لبعض الأحوال التى يوجد فيها النص المخالف سوى الأحوال التى سلفت .

= ومات مستحق لا نسل له فانتقل نصيبه إلى زيد أقرب أهل طبقته إليه ثم مات زيد ولا نسل له ، أفتى فى هذه الحادثة بأن نصيب زيد الأصلى يكون للأقرب إليه هو ونصيبه الآيل يكون للأقرب إلى المتوفى الأول بعد زيد مستدلا بما جاء فى أوقاف الخصاف من أنه لو وقف على قرابته أو على فقرائهم الأقرب فالأقرب أعطيت الغلة لمن هو أقرب إلى الواقف فإذا مات هذا الأقرب كانت الغلة لمن يليه فى القرب . ثم قال ابن عابدين وفى هذا نظر ظاهر وما استدل به من كلام الخصاف لا يفيد مدعاه فإن من استحق شيئاً من ريع الوقف بشرط الواقف صار ذلك الشىء نصيبه سواء استحقه من جهة أصوله أو آل إليه من أهل درجته فجميع ما استحقه زيد المذكور يسمى نصيبه ويعود إلى الأقرب إليه لا إلى الأقرب إلى المتوفى الأول . ثم قال والحاصل أن الملحوظ إليه فى مسألتنا بالنسبة إلى الأقربية ليس شخصاً واحداً بل متعدد وهو كل من صدق عليه أنه مات عن غير ولد . ومعنى التدريج فى قوله الأقرب فالأقرب أنه ينظر أولا إلى الأقرب إليه كالأخ الشقيق مثلا فإن وجد نقلنا نصيبه اليه وإن لم يوجد فإلى الأخ لأب وهكذا . وأما ما نقله عن الإمام الخصاف فالملحوظ فيه الأقربية الى شخص واحد وهو الواقف وكلما مات من هو أقرب الى الواقف تنتقل حصته الى من يليه فى القرب الى الواقف وهكذا . ثم قال فظهر أن بين المسألتين بوناً بعيداً . وبما قررناه أيضاً اندفع ما قدمناه عن البيرى ولم نر من عول على ذلك من أصحاب الإفتاء ولا رأينا له شيئاً يعضده أصلا بل نراهم ينظرون الى ما فى يد المتوفى مما انتقل إليه عن أصوله أو آل إليه عن أهل درجته فيعطونه لولده أو لأهل درجته على ما شرط الواقف وهو الذى يتبادر إلى الأذهان ويقصده الواقفون « ج ١/١٤٦ ، ١٤٧ » .

والقانون بإرادته من النصيب مايشمل الأصلى والآيل قد قضى على هذا الخلاف فى هذه المسألة.

٢٨٤ — لو وقف على نفسه ثم على أولاده وذريته ما تناسلوا للذكر ضعف الأنثى ورتب فى وقفه هذا بين البطون وشرط أن من مات منهم عن ولد أو أسفل منه فنصيبه لولده وإن سفل ومن مات قبل استحقاقه لشىء من منافع الوقف وترك ولداً أو أسفل منه استحق ذلك المتروك ما كان يستحقه المتوفى أن لو كان حياً وقام مقامه فى الاستحقاق على ذلك الشرط والترتيب ، ثم مات الواقف وآل الاستحقاق لأولاده وكان لأحدهم ابن مات عن خمسة أولاد وبنت ماتت عن ثلاثة ثم مات هذا المستحق عن أولاد ولديه الثمانية ولم يكن له من الذرية سواهم ، فإن استحقاقه لا يعود لأصل الغلة لوجود فرع يليه فى استحقاق نصيبه بمقتضى شرط الواقف الذى هو نص فى مخالفة هذا الحكم فلا يطبق ويعمل بكلام الواقف وإن كان فى دلالته على مقادير الأنصباء عند الفقهاء خفاء . فمنهم من ذهب إلى أنه يعمل بالشرطين معاً فيعطى لولد الإبن ما كان يستحقه أبوهم ومنهم من قال أنه يعمل بالأول فيوزع الاستحقاق على عدد رؤوس الثمانية [1] . ولكن هذا الخفاء ليس فى الدلالة على مخالفة الحكم التى تقرره هذه الفقرة فلا يضر مادام الكلام نصاً فى المخالفة .

ولو أن الوقف كان مرتبا ترتيباً جملياً بنص من الواقف وكان الواقف قد شرط أن من مات بعد الاستحقاق عن ولد استحق هذا الولد نصيب أبيه فماتت امرأة

---

(١) أورد ابن عابدين هذه المسألة فى تنقيح الحامدية وقال أنها وقعت وصارت حادثة الفتوى وأنه لم ير من تعرض لها وتساءل هل يقسم نصيب هذا المستحق على عدد رؤوس الثمانية عملا بالشرط الأول أو يقسم على الإبن والبنت وما يصيب كلا منهما يعطى لأولاده عملا بالشرط الثانى ؟ وقال إن الذى يظهر له هو التوزيع على عدد رؤوس الثمانية لان الشرطين متعارضان إلا أنه لايلغى واحد منهما لإمكان الجمع بينهما بجعل الثانى مخصصاً لعموم الأول بمن مات عن ولد ولد فقط ترجيحاً للمتأخر من الشروط كما هو الأصل عندنا فيكون مراد الواقف بالشرط الثانى إدخال ما خرج بالأول وبيان ذلك أن قوله فى الشرط الأول « من مات عن ولد أو ولد ولد » معناه أنه ينتقل نصيبه الى ولده إن كان له ولد والى ولد ولده إن لم يكن له ولد ومقتضاه أنه لاشىء لولد ولده الذى مات قبل الاستحقاق مع وجود الولد الصلبى فشرط الشرط الثانى وهو أن ولد من مات قبل الاستحقاق يقوم مقام أبيه ويشارك عمه فى نصيب جده بأن يقسم على الضفة الأولى ويفرض الميت متهماحياً واحداً كان أو أكثر فما أصابه يعطى لولده واحدا كان أو أكثر وأما اذا لم يوجد له ولد صلبى أصلا بل وجد له أولاد أولاد فقط مات أصولهم فى حياة جدهم قبل الاستحقاق فأنه يقسم على عدد رؤوس الفروع عملا بالشرط الأول إذ لاحاجة إلى اعتبار الشرط الثانى لأنه انما يعتبر لإدخال من لولاه لخرجوا وهنا لم يخرجوا بل استحقوا =

بعد الاستحقاق وكان لها ولد لا يعود نصيبها لأصل الغلة ، وكذلك لو مات رجل عن ولد ولد أو أسفل ، لأن كلمة « الأب » فى عرف الواقفين تطلق على الأم والجد تغليباً فأصبحت بدلالتها العرفية نصاً فى الأصل ، ذكراً كان أو أنثى ، أصلا قريبا أو بعيداً ، ومتى كان هناك نص مخالف وجب العمل به وإن كانت نصيته جاءت من طريق العرف .

ولو وقف على أولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات وشرط أن من مات من المستحقين فى أية طبقة ولم يكن له فرع كان نصيبه لأولاد الواقف لصلبه ولم يكن له شرط آخر فى نصيب هذا المستحق ثم مات مستحق من أى طبقة ولا ولد له وكان للواقف أولاد من صلبه حين موته ، لا يعود نصيب هذا المستحق إلى أصل الغلة ويكون لأولاد الواقف لصلبه الموجودين عند موت المستحق خاصة لايشاركهم فيه أحد عملا بشرط الواقف فإنه نص فى المخالفة ونص فيمن يستحقون هذا النصيب وهم ولده لصلبه خاصة . ولو لم يكن من أولاد الواقف لصلبه حين موت هذا المستحق سوى ولد واحد وكان قد اشترط فى وقفه أن يستقل به الواحد إذا انفرد لايعود شيء من هذا النصيب إلى أصل الغلة أيضا . أما إذا لم يكن قد شرط ذلك فمن يرى أن الجمع باق على معناه وأنه لايصدق على الواحد فإنه يعطى لولد الصلب نصف هذا النصيب ولا يرى للواقف شرطاً فى النصف الآخر فيعود إلى أصل الغلة ، ومن يرى زوال معنى الجمع فإنه يعطيه جميعه لولد الصلب كما سيعرف ذلك فى أقوال الفقهاء . أما حكم هذا القانون فى هذه الحال فإنه يقضى بحمل كلام الواقف على المعنى الذى يظهر أنه أراده طبقاً للمادة العاشرة فإن وجد من

= بأنفسهم من غير واسطة (ج ١٦٣/١) وعندى أن دعوى ابن عابدين أن الغرض من الشرط الثانى هو ادخال من لولاه لم يكن له استحقاق فحسب ، دعوى غير مسلمة ، بل الغرض منه أمران واضحان ، الإدخال فى الاستحقاق ، وتقدير النصيب وإذا كان قد وجد فى هذه الحادثة ما يغنى عن الغرض الأول فإنه لايوجد ما يغنى عن الثانى وبقى الشرط مفيداً ومحتاجا إليه فيعمل بالشرطين معاً الأول لإثبات أصل الاستحقاق والثانى لبيان الأنصباء . هذا ما هو ورد فى كتب الفقه وما يمكن أن يقال فيه أما حكم هـذا القانون فى ذلك فيأتى بعون الله مفصلا فى شرح الفقرة الثانية من هذه المادة .

القرائن ما يجعل كلامه نصاً فى إرادة الجمع أو عدمها عمل بذلك ، و إن لم يوجد شىء من ذلك أصلا أو وجد ولكنه لا يكفى لأن يصير به كلام الواقف نصاً فى إرادة عدم الجمع عاد نصف هذا النصيب إلى أصل الغلة إذ لا يوجد نص فى شأنه يخالف هذا . أما إذا لم يكن للواقف ولد لصلبه حين موت هذا المستحق فإن نصيبه يعود إلى أصل الغلة طبقاً لهذا الحكم الذى لا يوجد نص يخالفه .

ولو أن هذا الواقف قال فى وقفه هذا « ومن مات من المستحقين فى أى طبقة ولم يكن له فرع كان نصيبه لبنى الموجودين حين موته » ومات أحد المستحقين ولم يكن له ذرية وكان للواقف حين ذاك أبناء فقط لا يعود نصيب هذا المستحق إلى أصل الغلة و يعمل بشرط الواقف لأنه نص فى المخالفة لهذه القاعدة ونص فيمن جعل لهم الاستحقاق . ولو أنه كان له حين ذاك أبناء و بنات عمل به أيضاً لأنه نص فى المخالفة و إن كان فى دلالته على المستحقين له شىء من الخفاء نشأ عنه اختلاف الفقهاء[1] ولكن هذا لا أثر له مادام الكلام نصاً فى المخالفة . ولو لم يكن له حين ذاك أبناء وكان له بنات عاد نصيب هذا الميت إلى أصل الغلة لأن الواقف ليس له شرط فى نصيبه فى هذه الحالة فإن لفظ البنين لا يتناول البنات عند الانفراد ، اللهم إلا أن يظهر من القرائن أنه أراد ذلك على وجه يجعل كلامه مع

---

(١) جاء فى وقفى هلال والخصاف أنه لو وقف على بنيه فلم يكن الا بنات فلا استحقاق لهن ولو وقف على بناته وكان له بنون أو كان له بنون وبنات فلا استحقاق للبنين ، ولو وقف على بنيه وكان له بنون وبنات استحقوا جميعاً لأن البنات إذا جمعن مع البنين ذكروا فيقال للبنين والبنات بنو فلان ونقلا عن أبى حنيفة فى الوصية لبنى فلان روايتين ، فرواية يوسف ابن خالد أنها تكون لبنيه وبناته ، ورواية أبى يوسف أنها تكون للبنين دون البنات إلا فى كل أب يحسن أن يقال هذه المرأة من بنى فلان فإذا نسبت إلى فخذ أو قبيلة فهذا للبنين والبنات لأنه يحسن أن يقال للبنت أنها من بنى هذا الرجل وإلا فإن البنات لا يدخلون وقال أيضاً أنه لو وقف على إخوته وكان له إخوة وأخوات استحقوا جميعاً ألا ترى إلى قوله تعالى « فإن كان له إخوة » ولم ينقلا فى ذلك خلافا (هلال ص ٤٠ ، والخصاف ص ١٠٩) ولم أر غيرهم قد نقل خلافا والظاهر أنه لا خلاف فى ذلك نظراً لاستعمال الكتاب العزيز ولأن الخصاف ساق ذلك مساق الاستدلال والاحتجاج برأيه فى مسألة البنين والواقع أن الوضع اللغوى الأصلى لكل من البنين والإخوة يمنع من تناولها البنات والأخوات ولم يأت هذا التناول إلا من التغليب والاستعمال فهذه الدلالة ناشئة عن عرف وهذا يجعل اللفظ نصاً فى المعنى العرفى .

هذه القرائن نصاً فى هذا ، فإنه يعمل به ويكون نصاً فى المخالفة ، ولكن مثل هذا الفرض غاية فى البعد . ولو كان للواقف إذ ذاك ابن واحد جرى فيه من الصور والأحكام ما ذكرته فى كلمة « أولادى » .

٢٨٥ — ولو وقف على أولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات وشرط أن من مات كان نصيبه لفرعه فإن لم يكن له فرع كان نصيبه لإخوته وأخواته ومات أحد المستحقين ولافرع له ، وكان له إخوة وأخوات ، لا يعود نصيب هذا الميت إلى أصل الغلة لأن شرط الواقف نص فى مخالفة ما قضت به هذه الفقرة من عودة نصيب من ليس له فرع يليه فى الاستحقاق إلى أصل الغلة . ويستوى فى هذا ما إذا كان الواقف لم يشترط فى وقفه قيام الفرع مقام أصله ،أو كان قد اشترط قيام فرع من مات بعد الاستحقاق مقامه فحسب ، أو كان قد اشترط مع ذلك أيضاً قيام فرع من مات قبل الاستحقاق مقامه ولم يكن لهذا الميت أحد من الإخوة والأخوات قد مات قبله عن ولد ، وما إذا كان قد اشترط هذين الشرطين وكان لمن مات أحد من الإخوة والأخوات قد مات قبله وكان له ولد ، فإن الاختلاف [1] فى استحقاق ولد من مات قبل أخيه فى الحال الأخيرة لا يقدح فى كون كلام الواقف نصاً فى مخالفة ما تقضى به هذه المادة من عودة النصيب إلى أصل الغلة .

ولو أن هذا الميت كان له إخوة فقط ، أو أخوات فقط ، استحق هؤلاء جميع نصيبه ولا يعود شىء منه إلى أصل الغلة ، لأن شرط الواقف ، وإن كان بوضعه اللغوى لا يقتضى استحقاق أحد الفريقين وحده لجميع النصيب لأنه جعل للفريقين

(١) لو وقف على أولاده وذريته وقفاً مرتبا وشرط انتقال نصيب من يموت ولا فرع له لإخوته وأخواته ولم يكن اشترط قيام الفرع مقام أصله بتاتاً أو اقتصر على اشتراط قيام فرع من مات بعد الاستحقاق مقام أصله ولم يشترط قيام فرع من مات قبل الاستحقاق مقامه فمات من لا فرع له عن إخوة وأخوات وعن ولد لمن مات منهم قبل موته اختص الموجودون حين موته من إخوته وأخواته بنصيبه ولا يشاركهم فيه ولد من مات من إخوته وأخواته قبل موته عند فقهاء الحنفية ولا يعرف فى هذا خلاف لأحد منهم ولم أجد فيما اطلعت عليه من أقوالهم أية عبارة تدل أو تشير إلى وجود خلاف بينهم فى ذلك . فمن الخطأ البين أن ينسب إلى فقهاء الحنفية خلاف وترجيح فى مثل هذه الحال . إنما الخلاف بين الفقهاء فى مشاركة ولد من مات منهم قبل موت العقيم فى حالة ما إذا كان الواقف قد شرط قيام فرع من مات قبل الاستحقاق مقامه . وسيأتى بعون الله تفصيل هذا الخلاف وحكم هذا القانون فى هذه الحال عند شرح الفقرة الثانية من هذه المادة .

جميعاً ، قد طرأ عليه عرف واستعمال من أزمان متطاولة وأصبح واضح الدلالة فى أنه إذا وجد الفريقان استحقاه معاً و إذا وجد أحدهما وحده استحقه كاملا ، وليس يقدح فى كون الكلام نصاً فى معنى من المعانى أن يكون وضوح دلالته عليه آتياً من العرف والاستعمال المطرد ، فلا يقبل فى هذه الحال أن يقال إن الواقف ليس له نص مخالف إلا فى نصف هذا النصيب أما النصف الآخر فليس له فيه نص مخالف فيعود إلى أصل الغلة . فهذا القول مردود لوجود النص المخالف فى جميع هذا النصيب .

٢٨٥ — ولو أن الواقف شرط فى وقفه انتقال نصيب من يموت عقيما لإخوته وأخواته ولم يزد على ذلك فمات مستحق عقيما وله أخوة وأخوات استحقوا نصيبه ولايعود إلى أصل الغلة ، و يستوى فى ذلك ما إذا كان هؤلاء فى درجة من مات أو فى غير درجته ، وما إذا كانوا مستحقين حين موته أو غير مستحقين ، فإن شرط الواقف نص فى تناول هذه الأحوال جميعاً لا يختص بحال دون حال . فمن وقف على نفسه ثم على أولاده وابن ابن له معين بالاسم ثم على أولادهم وذريتهم وقفاً مرتب الطبقات وشرط انتقال نصيب العقيم لإخوته وأخواته ولم يزد ثم مات وآل الاستحقاق إلى أولاده وابن ابنه ثم مات أحد أولاده عقيما انتقل نصيبه إلى إخوته وأخواته خاصة ، وهم مشاركون له فى الدرجة والاستحقاق ، ولا يعود إلى أصل الغلة لوجود النص المخالف ، فلا يستحق ابن الابن فيه شيئاً . ولو أن ابن الابن هذا مات عقيما وكان أبوه لا يزال حياً وله أخوة وأخوات حين موته لم تأت نوبة استحقاقهم بَعْدُ كان نصيبه لهم طبق نص الواقف و إن لم يكونوا من أهل درجته ولا مستحقين فى الوقف حين موته . وكذلك يكون حكم هذا النصيب لو أن هذا الواقف شرط هذا الشرط وزاد عليه قوله « مضافاً إلى ما يستحقونه » ولم يزد على ذلك ، فإن هذا القول لايدل على وجوب اتصاف الأخوة والأخوات بوصف الاستحقاق نصاً بل هو من الألفاظ المحتملة لهذا والمحتملة لغيره وهو دفع توهم من يتوهم أن من كان منهم مستحقاً حين موته لا يستحق فى هذا النصيب اكتفاء

باستحقاقه السابق ، فالإضافة ذكرت على أن تحصل حينما تكون ممكنة وهذا هو الأوضح وهو الذى أخذ به متأخرو الحنفية وقال ابن عابدين أن مما يؤيده ما جاء بالإسعاف من أنه لو قال للذكر مثل حظ الأنثيين ولم يوجد إلا ذكور فقط أو أناث فقط يقسم بينهم أو بينهن بالتساوى لأن المراد التفاضل على تقدير الاختلاط . (١)
وفرق بين قوله هذا و بين قوله « لإخوته وأخواته المشاركين له فى الاستحقاق » كما يأتى فى الأحوال التى لا نص فيها .

٢٨٦ — لو وقف وجعل وقفه مرتب الطبقات ، وشرط فيه قيام فرع من يموت قبل الاستحقاق أو بعده مقامه واستحقاقه ما استحقه أو كان يستحقه ، كما شرط أن من يموت عن غير ولد ولا عقب يعود ما كان بيده لمن فى درجته ، أو لمن فى طبقته ، ولم يزد على ذلك ، فمات مستحق لا فرع له وكانت له طبقة ، وكان يوجد فيها حين موته من الموقوف عليهم واحد أو أكثر ، ولم يكن أحد من أهلها قد مات قبله عن فرع ، صرف ما كان يستحقه إلى من يوجد من أهل هذه الطبقة حين موته ، مستحقين كانوا أو غير مستحقين أو كانوا خليطاً من المستحقين وغيرهم ، ولا يعود شىء منه إلى أصل الغلة لوجود النص المخالف لحكم هذه المادة ، وهو فى الوقت نفسه نص فيما وراء المخالفة . وكذلك يكون الحكم لو أنه قال « لمن فى طبقته مضافاً لما يستحقونه » أو قال « لمن فى درجته مضافاً لما يستحقونه » ، فلا يعود شىء منه لأصل الغلة وإن كانوا جميعاً غير مستحقين لما أسلفناه فى النبذة السابقة .

٢٨٧ — ولو أن أحد أهل هذه الطبقة كان قدمات قبل هذا الميت عن فرع ، وكان موته قبل الاستحقاق ، لا يعود شىء من نصيبه إلى أصل الغلة لوجود النص المخالف ، وإن حصل اختلاف للفقهاء فى مشاركة ولد من مات لأهل طبقته فى هذا النصيب لاشتراط الواقف قيام فرع من مات قبل الاستحقاق مقامه واستحقاقه ما كان يستحقه . فإن هذا لا يخرج به كلام الواقف عن أن يكون

(١) تنقيح الحامدية جـ ١ / ١٠٧

نصاً فى المخالفة . وكذلك لا يعود شىء من نصيب هذا الميت إلى أصل الغلة إذا كان يوجد عند موته موقوف عليهم فى طبقته الخاصـة وآخرون من أهل الطبقة العامة ، فإن الخلاف فى معنى الطبقة لا يخرج به كلام الواقف عن أن يكون نصاً فى المخالفة . وكذلك يكون الحكم لو أن هذا الميت كان يستحق مع أهل طبقتين ، عليا وسفلى ، وكان فى كل منهما موقوف عليهم ، والاختلاف فيمن يصرف إليه نصيبه لا يخرج به كلام الواقف عن أن يكون نصاً فى مخالفة الحكم الوارد بهذه المادة . وسيأتى ما يتعلق بهذا كله فقهاً وقانوناً فى محله إن شاء الله .

٢٨٨ — ولو أن الواقف كان قد اشترط أن يكون نصيب المستحق الذى لا عقب له لمن فى طبقته يقسم بينهم بالفريضة الشرعية ولم يزد على ذلك ، صرف نصيبه لمن فى طبقته ولا يعود شىء منه لأصل الغلة ، لأن شرط الواقف نص فى مخالفة هذا الحكم ولا يخرجه عن ذلك اختلاف الفقهاء[1] فيمن يستحقه منهم ولا فى قدر الاستحقاق ، لأنه اختلاف فيما وراء المخالفة . على أن القضاء الشرعى قد استقر من زمن بعيد جداً على أن معناه المفاضلة بين الذكر والأنثى متى وجد النوعان . وقد أصبح العمل بهذا واجباً طبقاً لحكم المادة العاشرة من هذا القانون لأنه المعنى الذى تعارف الواقفون على إرادته وأصبح أمراً لا مرية فيه .

٢٨٩ — ولو أن الواقف شرط أن من مات عن غير ولد عاد ما كان بيده إلى من فى درجته وذوى طبقته يقدم فى ذلك الأقرب فالأقرب إلى الميت ، فمات

---

(١) اختلف متأخرو الفقهاء فيما إذا قال على الفريضة الشرعية ولم يقل للذكر مثل حظ الأنثيين ، فذهبت طائفة إلى أنه يدل على التسوية ، وبهذا أفتى القاضى تاج الدين ويحيى بن المنقار من الحنفية ، وشيخ الإسلام الحجازى من الشافعية والشيخ سالم السنهورى من المالكية ، وألف فيها ابن المنقار « الرسالة المرضية فى الفريضة الشرعية » وقال الحصكفى فى الدر إن هذا هو المختار المنقول عن الأخيار . وذهبت طائفة أخرى اعتماداً على العرف إلى أن معناه المفاضلة بين الذكر والأنثى إذا كان هناك ذكور وأناث ، وليس المراد قسمته قسمة ميراث من كل وجه فلا يحجب الوارث غير الوارث هنا ولا يوزع طبق أنصبة الميراث ، فالأخ لأم يأخذ مثل الأخ الشقيق ، وبنت العم تأخذ نصف نصيب ابن العم ولا تحرم من الاستحقاق بحجة أنها لا ترث معه . وهذا هو الذى انتصر له ابن عابدين ونقله عن الخيرية وفتاوى الحانك والفتاوى اليتيمية وفتاوى ابن الشلبى من كتب الحنفية ، وعن فتاوى الرملى والبلقينى من الشافعية — هذا هو خلاصة رسالة ابن عابدين (العقود الدرية) .

مستحق لا ولد له ويوجد موقوف عليهم فى طبقته حين موته ، لا يعود شيء من نصيبه إلى غلة الوقف طبقاً لأحكام هذه المادة ، بل يصرف إلى من يستحقه من أهل طبقته اتفقوا فى القرب إليه أو اختلفوا ، واختلاف الفقهاء(1) فيمن يستحقه منهم فى صورة ما إذا كانوا مختلفين فى القرب وفى إهدار الدرجة أو الأقربية أو العمل بها لا يخرج كلام الواقف عن أن يكون نصاً فى مخالفة هذا الحكم بعد أن استقر العرف والعمل من زمن بعيد على مراعاة الدرجة والأقربية معاً .

---

(1) اختلف الفقهاء فى مدى العمل بهذا الشرط ؛ فصاحب الفتاوى الخيرية ذهب فى موضع منها إلى إلغاء وصف الأقربية بالكلية ، واعتبر الدرجة مجردة عن الوصف ، وأعطى غير الأقرب مع الأقرب من أهلها وسوى بين أخت المتوفى وأولاد عمه معللا بقوله « لاستوائهما فى الدرجة » وهذا جرى من الخيرى على ما روى عن أبى يوسف فى ذلك ، وهو قول نقل الطرسوس وعمر ابن نجيم ضعفه . ففى إجابة المسائل « وذكر هلال أنه لو كان له أخ لأب وأم وابن أخ لأب وأم فالأخ هو الأقرب ، فلو كان له عم وخال قدم العم ، وثلاثة الأعمام المتفرقون كالإخوة فى الحكم والاختلاف ، لا فرق بين أن يقول على أقرب قرابتى ، أو على الأقرب فالأقرب ، أو على أقرب الناس منى ، أو إلى . وهـذا على قولهما . وقال أبو يوسف لا أثر لهذا القول ويقسم الوقف بين أقربائه بالسوية بينهم ، أبعدهم وأقربهم ، قال هلال هذا القول عندى ليس بشيء ، والقول الأول قولنا ، وهو قول محمد بن الحسن . وفى الخزانة أنه الأحسن . قلت : قد ظهر من هذا أن الأرجح هنا قولهما ، وأن قول أبى يوسف ضعيف ، فما وقع له « أى الطرسوس » رحمه الله تعالى من توجيه حكم بعض القضاة فى زمانه بالتسوية بين الأخ الشقيق والأخ لأب بأنه على قول الثانى وأن الفتوى على قوله فى الوقف وأن المسألة محل اجتهاد وصادف فيها رأى أبى يوسف ، مدفوع ، لأن معنى قولهم الفتوى على قوله فى الوقف ، أى فى صحته ولزومه لا فى كل جزء من جزئياته ، سيما إذا رجحوا خلافه ، وإذا كان قولا ضعيفاً فالمقلد معزول بالنسبة اليه كما فى فتح القدير » وحاصل رأى الخيرى هنا انه لا يعمل إلا بالدرجة . فإذا وجدت الدرجة عمل بشرطه وأعطى القريب والبعيد وإذا لم توجد لم يكن له شرط .

وذهب الخيرى فى موضع آخر من فتاواه الى إهدار الدرجة والاعتماد على الأقربية ، فأعطى الأقرب من درجة أنزل مع وجود أهل درجة الميت . وحجته فى ذلك أن « الأقرب فالأقرب » ناسخ للدرجة لأنه متأخر . ونقل عن السبكى الشافعى القول بتعارض الشرطين بلا مرجح ، وأنه إذا رجع الى المعنى يظهر أن اعتبار الأقربية أقرب الى أغراض الواقفين . وبما ذهب اليه الخيرى أفتى مفتى اللاذقية وولده ومفتى حماة ومفتى القدس ومفتى دمياط ومفتى طرابلس وغيرهم ، وذهبوا الى ما ذهب اليه من التعارض ونسخ المتأخر للمتقدم وأنه لا يدخل فى القرابة الا ذو رحم محرم . وحاصل رأى الخيرى هنا اهـدار الدرجة والعمل بشرط الأقرب وجـدت الدرجة أو انعدمت ، فإذا انعدمت الدرجة وكان هناك أقرب من درجة أخرى أعطى بمقتضى الشرط .

وذهب الشرنبلالى إلى اعتبار الدرجة والأقربية معاً ، ما وجدت الدرجة ، أما إذا انعدمت الدرجة فيبقى شرط الأقربية معمولا به . وقد ألف فى ذلك رسالته « الابتسام » . وبمثل =

٢٩٠ — ولو أن الواقف اشترط أن من مات ولا نسل له كان نصيبه لإخوته وأخواته المشاركين له فى الدرجة والاستحقاق فإن لم يكن كان نصيبه لمن فى درجته أو لأهل طبقته ، أو قال فإن لم يكن له إخوة ولا أخوات مشاركون له فى الدرجة والاستحقاق . . إلخ ، فمات مستحق لا ولد له وليس له إخوة ولا أخوات أصلا أو كان له إخوة وأخوات لا يشاركونه فى الدرجة أو كانوا مشاركين له فيها ولكنهم لايشاركونهم فى الاستحقاق ، صرف نصيبه لأهل طبقته طبق شرط الواقف ولا يعود شيء منه لأصل الغلة لوجود النص المخالف والأمر فى ذلك واضح . وقد ورد فى كثير من كتب الأوقاف قول الواقفين « لإخوته وأخوته المشاركين له فى الدرجة والاستحقاق فإن لم يكن له إخوة ولا أخوات فلمن فى طبقته » أو قولهم « ... فإن لم يكن له مشارك فى الاستحقاق فلأقرب الطبقات للمتوفى » فإذا مات مستحق وليس له إخوة ولا أخوات مشاركون له فى الدرجة والاستحقاق وكان له إخوة غير مشاركين أو كان له مشاركون فى الاستحقاق وليسوا من إخوته وأخواته ، فإن نصيبه لايعود إلى أصل الغلة بحجة أن شرط الواقف لم يتناول هذه الصورة وأنه لايوجد فيها نص مخالف ، ولكن يصرف لمن بينه الواقف

= هذا أفتى حامد العمادى فى مواضع عدة من فتاواه ، ونقل مثله عن الشيخ محمد الخليلى الشافعى الذى قال إن هذا الرأى هو الذى يخلص من كلام ابن حجر فى الفتاوى .

وذهب ابن عابدين إلى أنه لا محل للقول بالتعارض وأن كلام الواقف كلام واحد فهو شرط لاشرطان وأن الواجب هو اعتبار ما اشتمل عليه من الدرجة والأقربية فيها معاً ، وإذا انعدمت الدرجة لم يكن للواقف شرط فى هـذه الحال . ونقل مايوافق هـذا عن محمد العمادى وحامد العمادى والبهنسى شارح الملتقى ، وأعطى نصيب متوفاة الى بنت خالتها التى فى درجتها دون خالتها التى فى درجة أخرى . وذهب الى أنه متى انعدمت الدرجة انعدمت الأقربية فيها بداهة ، واذ ذاك لا يكون للواقف شرط فيعود النصيب لأصل الغلة (إجابة السائل ص ١٥٦ — غاية المطلب لابن عابدين — تنقيح الحامدية جـ ١ ص ١٤٩ وما بعدها) .

والخلاف فى هذا الشرط على هذا الوجه كان يقضى بألا يعتبر نصاً مخالفاً على أى حال وأن يعود نصيب العقيم الى أصل الغلة عملا بحكم هذه المادة ؛ ولكن هذا الخلاف قد أصبح ميتاً من زمن بعيد واستقر الأمر على الرأى الأخير وصار عرفاً معروفاً للواقفين ومحدداً لمعنى هذا الشرط على وجه ليس فيه لبس فصار نصاً فى المخالفة بعد هذا ولا يقدح فى نصيته أن وضوح دلالته على هذا المعنى جاءت من العرف النافى للاحتمالات ، على أنها فى الواقع كانت احتمالات بعيدة جداً كما هو ظاهر من سياق الشرط .

فى شرطه إذ النص المخالف موجود ، وهذه الحجة لا تستقيم لأنها مبنية على النظر إلى بعض عبارة الواقف دون مجموعها ، فإننا إذا نظرنا إلى المقابلة وسوق الكلام تبين منه بجلاء أن المراد فإن لم يكن له إخوة ولا أخوات من هؤلاء الموصوفين الذى أوردهم قبل ذلك ، أو لم يكن له مشاركون فى الاستحقاق من هؤلاء الإخوة والأخوات الذين سبق ذكرهم ، فبمعونة السوق والمقابلة أصبحت دلالة الكلام على هذا المعنى واضحة لا خفاء فيها ، ويكون نصاً فى هذا المعنى ولاتوجد فى هذه الحال صورة مسكوت عنها يرجع النصيب فيها إلى أصل الغلة .

٢٩١ — بعض الأحوال التى ليس فيها نص مخالف :

وعدم النص المخالف لحكم هذه الفقرة قد يكون فى حالات ليس للواقف فيها كلام أصلا فيما يتعلق بنصيب من يموت وليس له فرع يليه فى الاستحقاق ، والأمر فى ذلك بين لايحتاج إلى إيضاح .

وقد يكون فى حالات للواقف فيها كلام يتعلق بذلك وهو نص فى المخالفة ولكنه كلام مهدر لايعمل به ، فهو وعدمه سواء . ومن صور ذلك ما إذا وقف قبل العمل بهذا القانون وجعل الاستحقاق من حين الوقف لغيره وغير ذريته ولم يجعل لهم ولا له فى هذا الوقف استحقاقاً بحال من الأحوال وحرم نفسه وذريته من الشروط العشرة ولم يشترط لنفسه أى حق فى تغيير الشروط والمصارف فكان بهذا لا يملك التغيير فى الشروط والمصارف لا قبل القانون ولا بعده وكان كلامه فيما يتعلق بنصيب العقيم مجملا فعمد بعد ذلك إلى عمل إشهاد ببيان هذا الشرط المجمل حتى صار بمقتضى هذا الإشهاد نصاً مخالفاً لهذا الحكم ، فإن هذا البيان اللاحق يكون مهدراً لايعول عليه ، لأن من شرط بيان المجمل أن يكون المبين مالكا لذلك ابتداء[1] . ومن صوره أيضاً ما لو وقف قبل العمل بالقانون ما يزيد

(١) وقعت هذه الحادثة ، وأشهد الواقف بعد صدور القانون ببيان هذا الشرط المجمل وعولت على ذلك إحدى دوائر المحكمة العليا مغترة بما قرره الفقهاء من الرجوع إلى الواقف فى بيان المجمل من كلامه مع إطلاق القول فى ذلك ، وفاتها أن هذا الإطلاق مقيد حتما بقاعدة =

على ثلث ماله حين موته على نفسه ثم على أولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات وشرط أن من يموت عقيما من ذريته يكون نصيبه مصروفاً فى مصارف خيرية عينها ، ثم توفى بعد العمل به عن أبناء ثلاثة استحقوا الريع وجوباً لأنهم كل ورثته ثم مات كل منهم عن أولاد فاستحق أولاده نصيبه استحقاقاً واجباً ، فإذا مات واحد من أولاد أولاده عقيما وكانت ذرية أصله المستحقة لا تزال موجودة فإنه لايعمل بشرط الواقف فى نصيبه لأن فى ذلك إخلالا بأحكام الاستحقاق الواجب فيكون مهدراً طبقاً لأحكام المادة ٥٨ والمواد ٢٤ ومابعدها ، فلا يكون للواقف نص ويعود نصيبه إلى غلة الحصة التى كان يستحق فيها وهى نصيب والده ، وكذلك يكون الحكم لو أنه شرط عودة نصيبه إلى جميع المستحقين من أهل هذا الوقف . ولو أنه وقف على هذا الوضع كل ماله وشرط فى نصيب العقيم شيئاً مما ذكرنا فإنه يعمل به إلى أن ينفد الاستحقاق الاختيارى الذى جعله لكل ولد من أولاده وذريته ولايعمل به فيما يمس الاستحقاق الواجب ويكون مهدراً ويعمل فى الاستحقاق الواجب بالحكم الوارد فى هذه الفقرة .

وقد يكون فى حالات للواقف فيها كلام يتعلق بذلك ولكنه لا يعتبر نصاً فى المخالفة بالمعنى الذى أسلفناه وبينا أن الشارع أراده . وسأذكر هنا بعض أمثلة لذلك غير التى ورد ذكرها أثناء الكلام السابق .

٢٩٢ — لو وقف على نفسه وأولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات ترتيباً جلياً بنص فى كتاب وقفه ولم يشترط قيام الفرع مقام أصله لا قبل الاستحقاق

= أخرى مقررة معروفة . ففى أصول الفروع للكرخى التى ذكر أمثلتها ونظائرها الإمام نجم الدين النسفى أن الأصل أن البيان يعتبر بالابتداء ، فإن صح الابتداء صح البيان وإلا فلا ، حتى أنه لو قال لمطلقتيه أحدا كما طالق ثلاثا ، وهما فى عدته بحيث يلحق الطلاق ، فله بيان أيتهما أراد مادامتا فى العدة . فإذا انقضت عدة كل منهما قبل البيان فليس له أن يبين لأنه لايملك الابتداء فى هذا الوقت ، وان بين وكل منهما لاتزال فى العــدة صح بيانه لأنه يملك ابتداء الثلاث وقت البيان ، وان انقضت عدة إحداهما قبل أن يبين وبقيت الأخرى فى عدتها تعينت للثلاث ولا يملك أن يبين من انقضت عدتها لأنه فى هذا الوقت لايملك ابتداء طلاقها (ص ٨٧) . ومن هذا يتضح أن الواقف لا يملك بيان الشرط المجمل فى الوقت الذى لا يملك فيه إنشاء هذا الشرط ويكون بيانه مهدراً كأن لم يكن ويبقى شرطه على إجماله فلا يكون نصاً مخالفا لحكم هذه الفقرة ويجب العمل به وبهذا ظهر ما فى المسلك التى سلكته هذه الدائرة .

ولا بعده ، ولكنه شرط أن من مات ولا ولد له كان نصيبه لإخوته وأخواته ، فمن مات من المستحقين قبل انقراض طبقته وكان له ولد عاد نصيبه لأصل الغلة لأنه مستحق ليس له فرع يليه فى الاستحقاق قبل انقراض طبقته وليس للواقف نص فى نصيبه يخالف هذا الحكم لأن شرطه الذى ذكره لايدل على استحقاق ولده عقب موته لامنطوقاً ولامفهوماً على أنه لو سلم جدلا أن هذا الشرط يدل على استحقاق ولده بمفهوم المخالفة فدلالته على ذلك ليست من قبيل النص كما أسلفنا(١) .

(١) هذه الصورة وقعت من قديم ، واختلف المفتون فى حكمها . فقد قال ابن الشحنة فى لسان الحكام أن بكتمر الحاجب شرط فى وقفه أن من مات من الموقوف عليهم ولم يترك ولدا ولا ولد ولد انتقل نصيبه لإخوته وأخواته فمات أحد المستحقين عن ولد ، فأجاب بعض المفتين باستحقاق ولده لنصيبه عملا بمفهوم المخالفة وقال العلامة قاسم إن هذه الفتوى باطلة نقلا وعقلا وأورد من الخصاف مايستدل به على بطلانها نقلا ثم قال وأما عقلا فلأن المفهوم ليس من المدلول اللغوى وإنما يكون باعتبار التفات النفس إليه وهذا لا يعلم من الواقف فلايصح العمل به (ص ١١٩) وأورد الخيرى مثل هذه الواقعة فى فتاواه ، واشتمل السؤال فيها عن وقف مرتب الطبقات لم يشترط فيه الواقف قيام الفرع مقام الأصل واشترط أن من مات منهم عن غير ولد ولا ولد ولد انتقل نصيبه لمن هو فى درجته وان الواقف مات ثم مات ابن له عن أولاد وبقية أولاد الواقف لايزالون موجودين فأجاب بأنه لا شىء لأولاد هذا الابن مادام واحد من أولاد الواقف لترتيب الاستحقاق الذى لاينافيه قول الواقف على أن من مات عن غير ولد كما لايخفى وقال إن المفتين الحنفيين بغزة أجابوا بمثل ذلك ، وأن برهان الدين الطرابلسى الحنفى أفتى فى مثله باستحقاق أولاد الميت مع وجود من بقى من أولاد الواقف اعتمادا على مفهوم القيد المسكوت عن تتميمه لمعلوميته أو لغفلة الكاتب عنه لضرورة انحصار غلة الوقف فى ذرية الواقف مابقى منهم أحد وقال الخيرى ولا يخفى مافى ذلك لما علم أن المفاهيم غير معمول بها عندنا على تقدير أن استحقاق أولاد الميت هو المفهوم ، وليس ذلك فى الحقيقة هو المفهوم اذ مفهومه أن الاستحقاق عند وجود الأولاد لايكون لمن فى درجة المتوفى ولا يلزم فيه أن يكون لأولاده . والأصل عدم الغفلة وضرورة انحصار غلة الوقف فى ذرية الواقف ما بقى أحد منهم لايلزم منها استحقاق أولاد ولد الواقف مع أولاده لصلبه كما هو ظاهر . ثم رأيت شيخ الإسلام زكريا الشافعى الأنصارى أفتى بما أفتيت به فى واقعتين وأن أفتى ولى الدين العراقى باستحقاق أولاد الميت . وقال الخيرى أن الرملى الشافعى أفتى بمثل ما أفتى به العراقى (جـ١/ ٢٨٣) وقد أورد ابن عابدين هذه المسألة فى التنقيح ونقل ما جاء بالخيرية ورد على الخيرى فيما يتعلق بالمفاهيم وقال أنه لا يعمل بها فى النصوص ولكن يعمل بها فى الكتب وفى كلام الناس وأطال فى الانتصار لفتوى الطرابلسى والعراقى والرملى . وقال ان صاحب التنوير أفتى بمثل ذلك وأنه رأى تأليفاً لابن حجر المكى فى هذه المسألة « سوابغ المدد » أفتى فيه بقول العراقى وقال إنه قول الرويانى ووالده والأذرعى والسبكى وأبو زرعة والبلقينى ورد على شيخه زكريا . وابن عابدين نقل بعد هذا مافى الخصاف مما يدل على عدم الاستحقاق وحاول ان يفرق (تنقيح الحامدية جـ ١/ ١٧٣) ولكن كل هذا أصبح لا يعنينا فأقصى ما فيه العمل بمفهوم المخالفة وهذا لا يعتبر نصاً بلا خلاف فلا يترك حكم هذه المادة .

٢٩٣ — ولو وقف على نفسه ثم على أولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات ترتيباً جملياً بنص فى كتاب وقفه وشرط إن مات قبل الاستحقاق قام ولده مقامه واستحق ما كان يستحقه ولم يشترط شيئاً فى نصيب من يموت بعد الاستحقاق، فمات واحد من المستحقين عن أولاد مع بقاء طبقته عاد استحقاقه لأصل الغلة لأنه مستحق مات وليس له فرع يليه فى الاستحقاق وليس للواقف فيه نص يخالف حكم العودة إلى أصل الغلة، فلا يختص به الموجودون من أهل طبقته عملا بأصل الإنشاء لأنه ليس نصاً فى ذلك وبخاصة مع اشتراط قيام فرع من مات قبل الاستحقاق مقامه كما سيجىء إن شاء الله، ولا يأخذه أولاده لأن الواقف لم ينص على ذلك، واشتراط قيام فرع من مات قبل الاستحقاق مقامه لا يعتبر نصاً على حكم من مات بعد الاستحقاق، إذ لو سلم أنه يمكن أن يفهم منه شىء يتعلق بهذا فإنه لا يكون إلا من طريق القياس أو تلمس غرض الواقف من طريق القرائن وليس شىء من هـذا بنص فى نظر هـذا القانون ودعوى أن هذا من باب دلالة النص دعوى طويلة عريضة لا يمكن التسليم بها(١).

(١) جاء فى الخصاف أنه لو وقف على أولاده وذريته وقفاً مرتب البطون على أنه كلما حدث الموت على أحد منهم كان ما كان يصيبه من الغلة لولده ونسله فمن مات منهم بعد الاستحقاق عن ولد استحق ولده نصيبه لاشتراط الواقف أن من مات منهم كان نصيبه مردودا على ولده ومن مات منهم قبل الاستحقاق لا يستحق ولده شيئاً لأن أباه لم يستحق شيئاً ونصيبه من نصيب أبيه (٧٧ — ٨٠) وورد مثله فى الإسعاف (٨٦) وأفتى شيخ الإسلام أمين الدين والمقدسى والسيرى بعدم استحقاق ولد من مات بعد الاستحقاق فى وقف مرتب الطبقات شرط واقفه قيام فرع من مات قبـل الاستحقاق مقامه ولم يشترط ذلك لفرع من مات بعد الاستحقاق وبذلك أفتى صاحب البحر وألف فى ذلك رسالتين من رسائله. وبقدر ما اطلعت عليه من الأحكام كانت المحكمة العليـا الشرعية بمصر تجرى على ذلك ولكنها فى الحكم المصادر بتاريخ ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٤ فى القضية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٢٣ — ١٩٢٤ خالفت هذا الحكم على وجه لا أعرف له نظيرا فقالت « أن الواقف نص فى كتاب وقفـه على أن من مات من أولاد الواقف وذريته قبل دخوله فى هـذا الوقف واستحقاقه لشىء منه قام ولده مقامه فى الدرجة والاستحقاق واستحق ما كان يستحقه أصله لو كان حيا باقيا وهذا النص وأن لم يشمل بمنطوقه حكم ولد من يموت بعد استحقاقه للنصيب الأصـلى إلا أنه يشمله بمفهومه ويدل على أن حكمه حكم من يموت والده قبل الاستحقاق لتساويهما وعـدم وجود ما يدل على أن غرض الواقف التفرقة بينهما وأن مفهوم الموافقة الذى هو من مشمولات دلالة النص حجة يعمل بها » هذا هو كل ما قالته، وهو منقوض من طريق النقل ومن طريق المعنى والأمر واضح فلا أطيل بمناقشته ولا أعرف حتى الآن أنها أصدرت حكما آخر بهذا المعنى بعد ذلك.

٢٩٤ — ولو وقف على أولاد الظهور دون أولاد البطون وقفاً مرتب الطبقات ثم بعد انقراضهم على أولاد البطون وشرط أن من مات انتقل نصيبه إلى ولده أو ولد ولده فماتت أنثى من أولاد الظهور قبل انقراضهم عاد نصيبها إلى أصل الغلة ، لأنه نصيب مستحق مات وليس له فرع يليه فى استحقاقه ، وعموم قول الواقف « على أن من مات » مخصوص ، على أنه لو فهم منه أنه يتناول أولاد البطون ، فإن دلالته على ذلك ليست دلالة النص بل هى دلالة خفية أقوى أماراتها ماوقع فيها من الاختلاف بين المفتين ، وإذا لم يكن نصاً فإن حكم هذه القاعدة لايترك به(١) .

٢٩٥ — ولو وقف على نفسه ثم على أولاده ثم على أولادهم على أن من مات منهم عن ولد كان نصيبه لولده وإن لم يكن له ولد كان لإخوته وأخواته ثم على ذريتهم ونسلهم طبقة بعد طبقة ، وكان الترتيب فى هـذا الوقف ترتيباً جملياً فى جميع الطبقات بنص فى كتاب الوقف ، فمات أحد من أولاد أولاد الأولاد أو من هو أنزل من ذلك بعد الاستحقاق عقيما عاد نصيبه لأصل الغلة ولا يختص به إخوته وأخواته إن كانوا من بين المستحقين فى أصل الغلة ، ولا يتناولون منه

---

(١) أفتى الخير الرملى والحانوتى فى مثل هذه المسألة بإعطاء أولاد البنت بمقتضى هذا الشرط وقال الرملى فان قلت ما تفعل فى قوله « أولاد الظهور منهم دون اولاد البطون » قلت قـد تقرر أن الواقف اذا شرط شرطين متعارضين يعمل بالمتأخر منهما ، وقوله « على أن من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده الخ » متأخر . أما حامد العمادى فقد اختلفت فتواه فأفتى تارة بمثل ما أفتى به الخيرى ، وتارة أخرى بغيره مراعاة لصدر الكلام ولم يرتض ابن عابدين ماذهب اليه الخير الرملى وقال ان العمل بالمتأخر من الشرطين المتعارضين انما هو حيث لم يمكن العمل بهما معا وهو فى مسألتنا ممكن بأن يصرف الشرط المتأخر وهو قوله على أن من مات . . . الخ إلى أولاد الظهور دون أولاد البطون لما دل عليه صريح كلام الواقف من أنه ليس لهم حق مطلقا فهذا قرينة واضحة على تخصيص شرطه العام المتأخر وحينئذ فلا تعارض بل يعمل فيـه بغرض الواقف الذى هو صريح فى كلامه وهو يصلح مخصصا « تنقيح ج ١/ ١٤٠ ، ١٤١ ، ١٤٥ » وقد تبع هذا الاختلاف اختلاف أحكام المحاكم الشرعية المصرية ، وربما كانت كثرتها قديماً فى جانب ماذهب اليه الرملى . وأيا ما كانت الحال فإن دلالة مجموع كلام الواقفين على أحد الفهمين ليست دلالة واضحة وانما هى دلالة فيها خفاء ، فلا يعتبر ذلك نصا فى نظر القانون حتى يترك به الحكم الذى تقرره المادة وهو عودة نصيب الأنثى إلى أصل الغلة لأنه نصيب مستحق ليس له فرع يليه فى الاستحقاق بنص من الواقف .

شيئاً إن لم يكونوا من مستحقيها، و إن كانوا هم المستحقين لأصل الغلة استحقوه، لكن لا بوصف كونهم إخوته وأخواته، بل لأنه عاد إلى أصل الغلة وهم مستحقوها وذلك لأن نصيب هذا الميت نصيب مستحق مات وليس له فرع يليه فى استحقاقه وليس فى كتاب الوقف نص يخالف الحكم بعودته إلى أصل الغلة، لأن ما ذكره الواقف فى عودة نصيب العقيم لإخوته وأخواته لا صلة له بغير الطبقتين الأوليين.

و إذا كان بعض الفقهاء قد قال بانسحاب مثل هذا الشرط على ما بعده من الطبقات لم يكن ذلك منه إلا على سبيل الاحتمال ومن باب تصيد الغرض وتلمس القرائن لاغير، ومع هذا الوضع لا يمكن أن يعتبر مثل هذا الاحتمال نصاً مخالفاً لحكم هذه القاعدة، بل الواجب تطبيقها[1].

٢٩٦ — ولو اشترط الواقف انتقال نصيب من يموت ولا ولد له لإخوته المشاركين له فى الدرجة والاستحقاق، فمات مستحق لا ولد له ولم يكن له إخوة بهذا الوصف وكان له إخوة لا يشاركونه فى هذين الأمرين، عاد نصيبه إلى أصل الغلة طبقاً للحكم الذى تقرره هذه المادة إذ لا يوجد نص يخالفه، فإن الواقف إنما

---

(١) جاء فى الدر ورد المحتار أن القيد إذا تقدم المتعاطفات عاد إلى ما يليه. وقال ابن عابدين إنه لم ير ما لو توسط الوصف وأن الظاهر انصرافه للأول فقط. ونقل فيما نقله عن جمع الجوامع وشرحه أن المختار اختصاص المتوسطة بما وليته ومن المحتمل أن يقال بعودتها إلى ماوليها أيضا (جـ ٣ / ٤٧١). ولكن ابن حجر قال فى التحفة إن القيد إذا توسط رجع إلى الكل على المعتمد (جـ ٢ / ٣٢٩). وفى تنقيح الحامدية أن شيخ الإسلام زكريا وابن حجر أفتيا فى وقف شرط فيه عود نصيب العقيم إلى من درجته بالنسبة للطبقة العليا دون سائر الطبقات بأن مات من الطبقة الثانية عقيما يحتمل رجوع نصيبه لمن فى طبقته تسوية بين المتعاطفين فى المتعلق وإن كان متوسطا ويحتمل ألا يعود وأن الأول هو الأوجه لا لاطراده. وأن الخيرى أفتى فى وقف شرط التفاضل فيه فى الطبقة الأولى ولم يشترط فى بقية الطبقات بأن يوزع بالتساوى فيما عدا الطبقة الأولى لأن شرط التفاضل لم يكن إلا فى الطبقة الأولى ولا شرط فيما عداها ولم تقم قرينة تدل على خلاف الأصل حتى يسوى بين المتعاطفين: وقد أفتى السائحانى بما أفتى به الخير الرملى (جـ ٢ / ١٤٢ـ١٤٤) ومن هذا يتبين مقدار الاختلاف وتباين الآراء فى انسحاب الشرط على ما بعده، على أن من قالوا بانسحابه لم يعتمدوا فى ذلك على الوضع اللغوى والدلالة اللفظية ولم يقولوا باطراده بل اعتمدوا فى انتزاع ما أرادوا على القرائن. ومع هذا الوضع لا يمكن القول بأنه نص يخالف حكم هذه المادة. أما إذا وجد فى كتاب الوقف كلام يدل نصاً على أن هذا الشرط متعلق بالجميع كان هذا الكلام هو النص المخالف.

جمل نصيبه لإخوة موصوفين بوصف معين ، فلا يتناول كلامه غيرهم ، و إذا يتحقق هذا الوصف لم توجد الحالة التى ينطبق عليها شرطه ، بل تكون هناك حالة أخرى لا شرط له فيها ولا نص فيجب العمل بحكم هـذه المادة . والمعنى فى هذا الشرط واضح لا لبس فيه ولم أقف فيه على خلاف لأحد من الفقهاء أو المفتين ، وفرق بين هذا و بين قول الواقفين « مضافاً لما يستحقونه » فإن هذه العبارة لم تخرج مخرج الوصف والقيد و إنما ذكرت لدفع التوهم الذى مر ذكره .

وكذلك يكون الحكم لو أنه اشترط انتقال نصيب هـذا الميت إلى أهل درجته المشاركين له فى الاستحقاق ، وكانت له درجة ليس فيها من تحقق فيه هذا الوصف .

٢٩٧ — ولو شرط الواقف نصيب من يموت ولا فرع له لأهل طبقته ولم يزد ، ووجب حمل الطبقة فى كلامه على الطبقة الخاصة ، إما بنص من الواقف أو بحكم هذا القانون ، ومات مستحق ليس له فرع يليه فى الاستحقاق ولم يكن فى طبقته الخاصة أحد وكان فى الطبقة العامة موقوف عليهم فإنهم لا يستحقون هذا النصيب بمقتضى شرط الواقف ، لأنه متى كان المراد من الطبقة فى كلامه هو الطبقة الخاصة ، ولا يوجد منها أحد ، لم يكن له نص فى هذه الحال ويجب العمل بالحكم الذى تقرر هنا فيعود نصيبه إلى غلة الحصة التى كان يستحق فيها ، وهى إما أن تكون حصة حقيقة وأما أن تكون كل الوقف وذلك فى حالة ما إذا انقرضت فروع الأصل الأول من الطبقة الأولى . أما القول بحمل الطبقة على الطبقة الخاصة إذا وجدت وعلى الطبقة العامة إذا لم توجد طبقة خاصة فإنه واضح البطلان ، إذ اللفظ لا يمكن أن يستعمل فى معنيين مختلفين فى استعمال واحد . وقد قدمنا من أمثلة ذلك ما فيه الكفاية .

٢٩٨ — ولو شرط نصيب العقيم لأقرب الناس إليه من أهل طبقته ، أو لأهل طبقته يقدم فى ذلك الأقرب فالأقرب إليه ، فمات ولم يكن فى طبقته أحد عاد نصيبه إلى أصل الغلة و إن كان له أقربون من طبقته أو طبقات أخرى أنزل

أو أعلى ، لأن الواقف إنما شرط نصيبه لمن يتوافر له أمران ، الدرجة والأقربية ، فإذا انعدما أو انعدم أحدهما وجدت حالة أخرى لا يتناولها شرط الواقف وليس له نص فيها ، فيعمل إذ ذاك بحكم هذه القاعدة ، والقول بأن آخر الكلام نسخ أوله وأن المدار على الأقربية احتمال بعيد جداً ، إذ الكلام كلام واحد لا تعارض فيه فلا وجه للقول بالنسخ ، وإذا كان القول بعودته للطبقة العليا عملا بأصل الإنشاء وترتيب الواقف كان قبل صدور هذا القانون أقرب إلى القبول من الرأى السابق فقد أصبح بعد صدوره لا يمكن الأخذ به لأن دلالة ما ذكر على هذا دلالة احتمالية خفية وهى محل مناقشة قوية من أفاضل المفتين والمؤلفين ، فمع هذا الاختلاف لا يعتبر كلام الواقف هذا نصاً يتقدم العمل به على العمل بهذه القاعدة ، بل يجب العمل بهذه القاعدة وهو الرأى الذى أيده ابن عابدين فى رسالته « غاية المطلب » وقضت به المحكمة العليا الشرعية بمصر قبل صدور هذا القانون[1] .

٢٩٩ — ولو شرط نصيب العقيم لمن يوجد حين موته من عصبة الواقف ولم يزد فمات عقيم ولم يكن للواقف إذ ذاك عصبة بالنفس وكان له عصبة مع الغير عاد نصيبه إلى أصل الغلة ولا يستحقه العصبة مع الغير ، لأن اسم العصبة متى أطلق لا يفهم منه عرفاً سوى العصبة بالنفس ولا يتناول من عداه من العصبة ،

---

(١) وقف على نفسه ثم على ابنه وبنته ومن يحدث له من الأولاد ثم من بعد كل من أولاده الذكور يكون لأولاده وذريته وفقاً مرتب الطبقات ، ومات الواقف عن ابنه وبنتـــه وابن آخر حدث له بعد الوقف ، ثم مات ابنه الأول عن أولاد أربعة ماتت إحـــداهما عن بنت ثم ماتت بنت الواقف وكان الموجود أخاها وذرية أخيها الذى مات قبلها . فذهبت محكمة مصر الشرعية فى الحكم الصادر فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ فى القضية رقم ١٢٦ — ٢٤ — ٢٥ إلى أن نصيبها يختص به أخوها ولا يعود إلى أصل الغلة عملا بصدر الإنشاء ولا يكون مسكوتاً عنه . والمحكمة العليا ذهبت فى حكمها الصادر فى ٧ يونية سنة ١٩٢٦ فى القضـــية رقم ٦٥ سنة ١٩٢٥ — ١٩٢٦ إلى أن هذا النصيب يعتبر مسكوتا عنه ويعود لأصل الغلة ولم ترتض ما استندت إليه المحكمة الابتدائيـــة وهو ما أفتى به العمادى فى نظائر هذه الحادثة (اشتراط نصيب العقيم لدرجته الأقرب فالأقرب ولم يوجد فى الدرجة أحـــد) من رجوع نصيب الميت إلى الطبقة العليا خاصة ووافقه عليه بعض من علماء المذاهب الأخرى كما أفتى به الخير الرملى وقال إنه أقرب إلى غرض الواقف وأصـــح الأقوال . لم ترتض المحكمة العليا ذلك وقالت إنه مخالف لما عليه العمل كما يؤخذ من تنقيح الحامدية وغيرها من كتب المذهب .

فلا يكون للواقف فى هذه الحال نص يخالف حكم هذه القاعدة ، واحتمال إرادة المعنى العام الذى يفهم منه لغة وفى اصطلاح الفرضيين احتمال يبعده الاستعمال والعرف العام ودلالة اللفظ عليه فى كلام الواقفين وسائر الناس دلالة خفية فلا يعتبر نصاً يخالف به هذه القاعدة .

٣٠٠ — ولو وقف على نفسه ثم على أولاده وزوجاته ثم من بعد كل من أولاده يكون لأولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات ، وشرط أن من تموت من زوجاته قبله أو يموت هو وهى ليست فى عصمته يكون ما وقف عليها وقفاً على أولادها منه خاصة ولم يزد على ذلك ، فمن تموت من زوجاته بعده يعود نصيبها لأصل الغلة ولا يختص به أولادها لأنه لم يقف عليهم ما هو موقوف عليها إلا فى حالتين لم تتحقق واحدة منهما فهو استحقاق ليس للواقف فيه نص يخالف حكم هذه القاعدة ، وقياس حالة الموت بعد الواقف على حالتى موتها قبله وخروجها عن عصمته فى حياته ليس إلا مجرد قياس وليس من النص فى شىء .

٣٠١ — وكما يشترط للعمل بالحكم الذى تقرره هذه الفقرة ألا يوجد فى كتاب الوقف نص يخالفه فى أصل العودة إلى الغلة ، يشترط أيضاً ألا يوجد نص يخالفه فى العودة إلى غلة الحصة التى كان الميت يستحق فيها . فإذا كان له فى العودة إلى الغلة نص يتفق مع هذا الحكم فى أصل الرجوع إلى الغلة ولكنه يخالفه فى الرجوع إلى هذه الحصة خاصة عمل بالشرط لا بهذا الحكم . وسيأتى الكلام فى هذا مفصلا عند شرح الفقرة الثانية إن شاء الله .

٣٠٢ — الشرط الثالث :

ألا يكون فى عودة النصيب إلى غلة الحصة التى كان الميت يستحق فيها إخلال بأحكام المادة ١٦ من هذا القانون ، وذلك لأن الشارع قد أوجب هنا مراعاة أحكام تلك المادة عند العمل بهذا الحكم . فمحل الحكم بعود

حصة[1] من مات من المستحقين وليس له فرع يليه في الاستحقاق هو ما إذا لم يكن وقف هذه الحصة قد انتهى بموت هـذا المستحق طبقاً لأحكام تلك المادة التي بينت الأوقات التي ينتهي فيها الوقف المؤقت . وقد بسطت في شرحها[2] القول في انتهاء الوقف بانتهاء المدة ، وبانقراض الموقوف عليهم ، وفي انتهاء وقف الحصة بانقراض أهلها قبل انتهاء المدة وقبل انقراض الموقوف عليهم[3] .

---

(١) جاء في المذكرة التفسيرية عند الكلام على هذه المادة « ومحل القول بعودة نصيب من مات إلى غلة الحصة التي كان يستحق فيها إذا لم يكن الوقف فيها قد انتهى بموت صاحبها طبقاً لأحكام المادة ١٦ ، فإنهـا لا تعود في هذه الحال » . وفي هذه العبارة خطأ لفظي ، فإن التعبير بلفظ « نصيب » لا يتفق مع الضمائر الثلاثة المؤنثـة التي تعود إليه ، فالواجب إما أن تذكر الضمائر أو توضع « الحصة » بدل النصيب . وهذا هو الذي كان في الواقع ثم حرف حين الكتابة .

(٢) ص (٢٦٠ — ٢٧١) .

(٣) بينت هناك وفي هذا الفصل (ص٥٥٢/٥٥٤) معنى الحصة ، وأنها قد تبقى واحدة إذا انتقلت من شخص إلى آخر ، وأنها قد تنقسم إلى حصص ، ثم تنقسم كل حصة منها إلى حصص ، وهكذا . كما بينت أن هناك فرقاً جلياً بين حصة الشخص والحصة التي كان يستحق فيها . والحصة في المادة ١٦ أطلقت عن كل قيد فهي شاملة لكل ما يصح أن يطلق عليه اسم « حصة » . فنصيب المستحق في آخر طبقة حصته ، ونصيب أصله المباشر حصته ، ونصيب الأصل فوقه حصته ، وهكذا متى كان تعدد الطبقات جائزا . والوقف ينتهي في أية حصة بانقراض أهلها ، وأهلها هو من وقفت عليه أو وجبت له قانونا ، واحـدا كان أو أكثر ، وسواء أكان وقفها على من تعددوا بالاشتراك أم بالتعاقب . فنصيب المستحق الذي لم يوقف على غيره من بعده ولم يشترط عوده إلى غيره حصة ينتهي وقفها بموته وإن بقي شركاؤه في حصة أصله . وقد اختار الشارع أن يعبر بالأهل لصدقها على الواحد والأكثر . فطريقته لا تدل ولا تشعر بأن نصيب المستحق الذي يشـترك مع غيره في نصيب أصله لا يسمى حصة فيما يتعلق بالانتهاء ، وأن الحصة إنما هي نصيب أصله . فمن وقف على نفســه ثم على أولاده لصلبه ومات عن أولاد استحقوا غلة وقفه فـكل من مات منهم صدق على نصيبه أنه حصـــة انقرض أهلها وإن كان شركاؤه في استحقاق الوقف باقين ، وأهل هذه الحصة الذين انقرضوا هم الواقف وولده هذا ، وبموت هذا الولد ينتهي الوقف في نصيبه ، لأنه حصة انقرض أهلها ، اللهم إلا إذا كانت موقوفة على غيره من بعده ، كأن كان الواقف جعل نصيب من يموت منهم لمن بقي وكان شرطها جائزا . ومن وقف على نفســه ثم على أولاده ثم على أولادهم ، ولم يكن الترتيب جلياً بنص من الواقف ، ثم مات الواقف عن أولاد مات أحدهم عن أولاد أربعة فمات أحد الأربعة وكان الثلاثة باقين ، انتهى الوقف في نصيب هذا الميت لأنه حصة انقرض أهلها (الميت وأبوه والواقف) . اللهم إلا إذا كان قد اشترط نصيب من يموت لمن يبقى بعد موته وكان شرطه جائزا . فمن الخطأ أن يقال أن الحصة التي ينتهي وقفها بانقراض أهلها هي حصة أعلى أصل من المستحقين وأن الميت اذا لم يكن هو المستحق الوحيـد لحصة أصله التي يستحق فيها لا ينتهي الوقف في نصيبه ويعود إلى غلة هذه الحصة لأن وقفها لم ينته بموته لعدم انقراض أهلها . وهو خطأ أظنه نشأ عن عدم التفرقة بين حصة الشخص والحصة التي يستحق فيها ، وعدم التنبه الى معنى الحصة في المادة ١٦ .

٣٠٣ — والواقع أن محل المراعاة الذى أشارت إليه هذه المادة ليس إلا حكم انتهاء الحصة بانقراض أهلها، فهذه هى الحصة التى كان يمكن القول بتطبيق الحكم الوارد هنا على غلتها لولا الحكم بانتهاء الوقف فيها. أما إذا كان الوقف قد انتهى لانتهاء المدة أو لانقراض الموقوف عليهم جميعاً لم يكن الأمر محل اشتباه ولا فى حاجة إلى التنبيه، إذ ليس من المتصور تطبيق الحكم الوارد هنا فى هذه الأحوال التى ليس فيها حصص ولا استحقاق.

فإذا مات مستحق ليس له فرع يليه فى الاستحقاق، وانقرض بموته من وقف عليهم النصيب الذى كان يستحقه حين موته، بأن لم يكن بعده من وقف عليه هذا النصيب على أى وضع من الأوضاع التى ذكرنا الكثير منها فى فصل الانتهاء، فإن الحكم الوارد هنا لا يطبق على هذا النصيب ولا يعود إلى أصل الغلة بل ينتهى وقفه.

ولا يطبق هذا الحكم أيضاً إذا كان فى كتاب الوقف ما يدل على استبقاء الوقف فى هذا النصيب وعودته إلى غلة الحصة التى كان الميت يستحق فيها، ولكن كان صنيع الواقف أو ما يفضى إليه أمراً لا يجيزه القانون، وإذ ذاك إما أن يستمر وقف هذا النصيب ولكن لا يطبق هذا الحكم على غلته وإنما تطبق عليه أحكام القانون الأخرى، وإما أن يبطل ما صنعه الواقف كله ويعتبر لغواً لا وجود له وينتهى وقف هذه الحصة[1].

---

(١) أوجب القانون فى المادة ٢٤ وما يرتبط بها أن يكون لكل وارث من الورثة الواردين بها نصيب خاص فى الاستحقاق فيما يقفه مورثه زائداً على ثلث ماله وأن ينتقل هـذا الاستحقاق إلى ذريته طبقاً لأحكام القانون، وأنه لا يجوز حرمان أحـد ممن لهم حق واجب إلا طبقاً للأحكام المبينـة فى فصل الاستحقاق، وأن من حرم منهم حرماناً لا يجـوز دخل فى الاستحقاق بمقدار ما يجب له، أى أن جعل الاستحقاق الواجب لغير صاحبه يقع باطلا ويكون الاستحقاق له. ولا ريب أن تطبيق هذه الأحكام إنما يكون محله ما إذا كان الوقف قائماً على وجه يقره القانون (ص ٤٢٩).

وقد أوجب القانون أيضاً تأقيت الوقف الأهلى وألا يزيد تأقيته بالطبقات على طبقتين وعند التجاوز يبطل الوقف على الزائد، وسيان أن يكون الاستحقاق فى هذا الوقف اختياريا أو واجبا وقد نص القانون على انتهاء الوقف المؤقت فى كل حصة بانقراض أهلها، ولكن رخص للواقف فى استبقاء وقف هذه الحصة بعد موت صاحبها وأباح له اشتراط غلتها بعد الانقراض لبقية =

٣٠٤ – فلو وقف على نفسه ثم على أولاده فحسب ، ولم يشترط شيئاً فى نصيب من يموت من أولاده ، ومات عن أولاد ، فكل من مات منهم انتهى الوقف فى نصيبه مهما كانت صفة استحقاقه ، لأنه حصة انقرض أهلها ، ولم يجعله الواقف لباقى الموقوف عليهم ولا لبعضهم من بعده . وفى هذه الحال لا يطبق حكم عودة النصيب إلى غلة الحصة .

و إذا كان قد شرط فى وقفه هذا نصيب من يموت للباقين أو لبعضهم ، وكان الاستحقاق فى هذا الوقف كله واجباً ، فمن مات من أولاده الموقوف عليهم ، ولم تكن له ذرية ، أو كان له ذرية تعتبر منقرضة فى نظر هذا القانون أو لا يجب لها استحقاق بمقتضى أحكامه ، لا ينتهى الوقف فى نصيب هذا الميت ، لأن الواقف استبقى وقفه استبقاء صحيحاً ، ويتبع شرطه فى صرف غلة هذه الحصة ، اتفق هذا الشرط مع هذه القاعدة أو لم يتفق ، لأن صفة الوجوب زالت عن هذا الاستحقاق بموت صاحبه على هذا الوضع وصار استحقاقاً اختيارياً ، للواقف أن يشترط فيه ما يشاء . ومن مات منهم عن ذرية من أهل الاستحقاق الواجب لا ينتهى الوقف فى نصيبه لأن الواقف استبقاه ولا يمكن أن يفضى نفس الاستبقاء إلى محظور قانونى فيكون صحيحاً ، ولكن لا يعمل فى غلة هذه الحصة بشرط الواقف ولا بهذه القاعدة لأن فى ذلك إخلالا بأحكام الاستحقاق الواجب ، بل تصرف هذه الغلة إلى تلك الذرية طبقاً لأحكام المادتين ٢٤ ، ٣٠ من هذا القانون .

= الموقوف عليهم أو بعضهم ، فهو يعطيه الحق فى أمرين ؛ استبقاء الوقف فى هذه الحصة ، وإعطاء غلتها لمن يشاء من باقى الموقوف عليهم . ولا شك فى أن حقه فى هذين الأمرين يجب أن يكون فى حدود القانون ، فإذا كان فيهما أو فى أحدهما تجاوز لحدود القانون بطل ما تعداها فإذا لم يكن فى استبقائه لوقف هذا النصيب تجاوز للطبقتين ولا إخلال بأحكام الاستحقاق الواجب صح كل ما صنع . وإذا لم يؤد الاستبقاء إلى تجاوز الطبقتين ولكن كان فيه إخلال بأحكام الاستحقاق الواجب صح الاستبقاء وطبقت على الغلة أحكام الاستحقاق الواجب ، أما إذا كان العمل بالمادة ٣٠ غير ممكن وكان فى العمل بشرط الواقف إهدار للغرض الاساسى من تشريع أحكام الاستحقاق الواجب ، بطل الاستبقاء واعتبر كل كلامه لغوا وطبقت أحكام الانتهاء ، فينتهى الوقف فى هذا النصيب . وفى الصور الواردة بالأصل كبير إيضاح لهذه المعانى .

وإن كان استحقاق أولاد الواقف فى هذا الوقف كله استحقاقاً اختيارياً لا ينتهى الوقف فى نصيبه بموته، ويعمل فيه بشرط الواقف وإن خالف هذه القاعدة، سواء أكانت للميت ذرية أم لم تكن، للمعانى التى سبق إيضاحها. والعمل بهذا، وإن لم يكن فيه حرج قانونى، يؤدى إلى نتيجة لا أعتقد أن أكثر الواقفين يرضون عنها متى وقفوا على حقيقتها. وذلك لأنه إذا اشترط نصيب من يموت من أولاده لمن بقى منهم ينحصر الاستحقاق حتماً فى آخرهم موتاً، وبموته ينتهى الوقف ويصير ملكا حراً لذريته هو خاصة دون ذرية من ماتوا قبله ودون ورثة الواقف يوم موته، لأن الوقف كان على ذى حصة واجبة وإن كان استحقاقه اختيارياً، فبانتهاء الوقف يصير الموقوف ملكا لذريته. وأعتقد أن أفضل صور هذا الشرط التى تحقق العدالة ألا يكون مطلقاً، وأن يشترط نصيب من ليس له ذرية من أهل الاستحقاق للباقين أو لبعضهم.

ومثل هذا فى الحكم الوقف على طبقة واحدة من غير ذوى الاستحقاق الواجب إذا لم يكن فيه إخلال بأحكام الاستحقاق الواجب، أما إذا كان الاستحقاق فى هذا الوقف كله واجباً لورثته فإن الوقف يكون استحقاقه لذوى الاستحقاق الواجب ويخرج منه جميع الموقوف عليهم طبقاً لما نص عليه فى المادة ٣٠ ومتى ثبت الاستحقاق فيه لذوى الاستحقاق الواجب اقتصر عليهم لأن الواقف لم يرد إلا أن يكون وقفه على طبقة واحدة، وإذا كانت مراعاة إرادته ليست ممكنة بالنسبة لأشخاص الطبقة فإنها ممكنة فى تأقيت الوقف بطبقة واحدة، فإرادة الواقف يراعى منها ما أمكن مراعاته كما تنطق بذلك أحكام القانون.

وإذا كان الاستحقاق فى الوقف على طبقة واحدة بعضه واجب والبعض الآخر اختيارى ووجد هذا الشرط طبق على كل من الاستحقاقين الحكم الذى يلائمه على الوجه الذى بينته، والتخريج فى ذلك صار واضحاً.

٣٠٥ — ولو وقف على نفسه ثم على أولاده ثم على أولادهم فحسب، وكان الترتيب بين الطبقتين أفرادياً، وكان الاستحقاق فى هذا الوقف كله واجباً،

وشرط أن من مات من أهل الطبقة الثانية يكون نصيبه لجميع الباقين منهم ، فمن مات منهم وكانت ذرية أصله منقرضة بموته لا ينتهى الوقف فى نصيبه و يعمل فيه بشرط الواقف ، لأن الواقف استبقى وقفه استبقاء صحيحاً وقد زالت عن الاستحقاق فيه صفة الوجوب وصار الاستحقاق فيه اختيارياً ، للواقف أن يجعله لمن يشاء . ومن مات منهم وله أحد من الإخوة والأخوات لا ينتهى الوقف فى نصيبه ، و إن كانت له ذرية ، لأن الواقف استبقى وقفه استبقاء لا يؤدى إلى محظور لأن للواقف أن يرتب بين طبقات ذرية الأصل الوارث ، وله أن يجمع فلا وجه لدخول ذرية هذا الميت فى استحقاق أصله مع وجود من هم أعلى منهم متى كان والوضع ما ذكرنا ، ولكن لا يعمل فى غلة نصيبه بهذه القاعدة ولا بشرط الواقف و يجب أن يختص بها من بقى من أخوته وأخواته طبقاً لأحكام المادة ٣٠ ، و إذا لم يبق لهذا الميت إخوة ولا أخوات حين موته ، وكان له أو لأحد من أخواته ذرية توافرت فيها شروط الاستحقاق الواجب ولا يمنع من دخولها فيه سوى مراعاة عدد الطبقات ، انتهى الوقف فى نصيبه ، لأن جعل الغلة لغير ذرية هذا الأصل لا يجوز لما فيه من الإخلال بالغرض الأساسى الذى شرعت من أجله أحكام الاستحقاق الواجب وهو أن يسلم للوارث ولذريته نصيبه فى الثلثين ، وقفاً أو ملكاً ألا أن يكون قد جعل بعد الطبقتين لجهة خيرية . و إذا لم يمكن صرف هذا النصيب إلى الذرية ولا إلى من شرط لهم ، بطل كل ما أراده واعتبر شرطه فى الاستبقاء وفى الغلة لغواً فينتهى الوقف فى هذا النصيب .

و إذا كان قد شرط فى هذا الوقف أن يكون الترتيب فيه بين الطبقتين ترتيباً جملياً ، والوضع ما ذكرنا ، بطل شرطه هذا لما فيه من الإخلال بأحكام الاستحقاق الواجب ، وصار الترتيب فيه أفرادياً و يكون الحكم فى جميع صوره هو ما قدمنا .

و إذا كان الاستحقاق فى الوقف على الطبقتين كله اختيارياً وشرط فيه هذا الشرط لا ينتهى الوقف فى أى نصيب بموت صاحبه من أهل الطبقتين إذا كان الترتيب جملياً ، لأن كل حصة من استحقاق الطبقة الأولى موقوفة على الطبقة

الثانية فلم ينقرض أهلها بموت مستحقها من الطبقة الأولى ويعمل فى غلتها بهذه القاعدة إذ المفروض أنه ليس للواقف شرط فى هذه الطبقة ، أما من يموت من الطبقة الثانية فقد استبقى الواقف الوقف فى نصيبه بهذا الشرط استبقاء صحيحاً فى الأصل وفى الغلة فيعمل به . وإذا كان الترتيب أفرادياً ومات واحد من الطبقة الأولى وليس له من يليه فى الاستحقاق انتهى الوقف فى نصيبه ، لأنه حصة انقرض أهلها ، ولم يستبق الواقف وقفها لأن شرطه خاص بأهل الطبقة الثانية ، ولا ينتهى الوقف فى أى نصيب من أنصباء الطبقة الثانية لأن الواقف استبقى وقفه بهذا الشرط . وإذا كان الواقف قد اشترط أن من مات من أهل الطبقتين يكون نصيبه لباقى الموقوف عليهم أو لطائفة منهم لاينتهى الوقف فى أى نصيب متى تحقق شرطه ، أما إذا لم يتحقق الشرط ، كأن انقرض من جعل لهم النصيب قبل موت صاحبه ، فإن الوقف ينتهى فيه لامحالة ، ولا تطبق عليه هذه القاعدة .

٣٠٦ — ولو وقف وقفه مؤقتاً بالمدة المعينة وأنشأه على نفسه ثم على أولاده وذريته ما دامت المدة وجعله مرتب الطبقات ، فانتهاء الوقف كله بانتهاء المدة أو بانقراض الموقوف عليهم جميعاً قبل انتهائها لاحاجة إلى الخوض فيه هنا كما هو واضح ، أما انتهاء الوقف فى بعض الحصص لانقراض أهلها أو بقاؤه بمقتضى شرط الواقف وصلة ذلك بهذه القاعدة ، فإنه يجرى فيه جميع ما قدمنا فى الوقف المؤقت بالطبقات فى جميع الأحوال والصور متى أمكن تحققها .

٣٠٧ — (ب) الطبقة فى كلام الواقفين[١]

الطبقة فى عرف الواقفين ومن لهم عناية بشروطهم مرتبة من مراتب الاستحقاق المتعاقبة ، وإن شئت قلت إنها أهل هذه المرتبة ، تعددوا أولا ، عينوا بالاسم أو بالوصف ، كان بينهم توالد أو لم يكن . وقد أسلفنا القول فى هذا مفصلا ، وفرقنا بين الطبقة التى تعارف عليها الواقفون ، وهى الطبقة الاستحقاقية ، و بين الطبقة فى عرف هذا القانون بالنسبة لتأقيت الوقف[٢]

والدرجة فى هذا الباب كالطبقة فى معناها سواء بسواء .

٣٠٨ — ومتقدمو الفقهاء كان كلامهم فى الطبقة وما يتعلق بها محدوداً جداً ، و يرجع هذا إلى أن الأوقاف لم تنتشر إذ ذاك بالقدر الذى عرف أخيراً ، وإلى أن شروط الواقفين كانت أولا بسيطة موجزة . ولما انتشرت الأوقاف وكثرت شروط الواقفين وأخذت أساليب وأوضاعاً مختلفة نشأ عن هـذا كلام طويل للمتأخرين

---

(١) تستعمل الطبقة لغة بمعنى الطبق ، ولكن استعمالها هذا قليل ، أما الطبق فإنه أكثر دوراناً وأعم استعمالا . ومعنى هذه المادة يرجع إلى التغطية والمساواة والتعميم والترتيب — فنى القاموس الطبق الغطاء — وفى المصباح أن أصـل الطبق ، الشيء على مقدار الشيء مطبقاً له من جميع جوانبه كالغطاء له — وفى الصحاح : يقال أتانا طبق من الناس وطبق من الجراد أى جماعة . قال الأموى إذا ولدت الغنم بعضها بعد بعض قيل قد ولدتها الرجيلاء وولدتها طبقاً وطبقة . وطبقات الناس فى مراتبهم . والسموات طباق أى بعضها فوق بعض — وفى أساس البلاغة : السموات طباق طبقة فوق طبقة أو طبق فوق طبق . ولتركبن طبقاً عن طبق منزلة بعد منزلة وحالا بعد حال . وليس هذا بطبق لذا أى بمطابق له . ومضى من الليل طبق وأقمت عنده طبقاً من النهار وطبقة طائفة . ومضى طبق بعد طبق عالم من الناس . والناس طبقات منازل ودرجات بعضها أرفع من بعض — وفى المغرب درج السلم رتبه الواحدة درجة .

والواقفون والفقهاء يستعملون الطبـــقة باطراد ولا يكادون يستعملون الطبق ، ويستعملون «التطبيق» بمعنى جعل الموقوف عليهم طبقات يتلو بعضها بعضاً . وقد اختلف المتأخرون من مفتى الحنفية ومؤلفيهم فيما يراد من الطبقة ، ولم ينشأ هذا الاختلاف عن معنى فقهى ولا عن دلالة لغوية ، وإنما نشأ عن اختلاف العبارات التى عرضت عليهم واختلافهم فى فهم أغراض من قالوها فمنهم من ذهب إلى أنها الطبقة النسبية ، ولكن الأكثرون ، ورأيهم هو التحقيق ، يرون أنها الدرجة والمرتبة فى الاستحقاق ، وأن هذا هو الذى يقضى به عرف الواقفين (الخيرية حـ ١/ ٢٩٥ — تنقيح الحامدية حـ ١/ ١٣٦ ، ١٣٩ — الهندية حـ ٢/ ٣٧٥ ، ٧٧٦ ، ٨١٥) .

(٢) ص ٨٣ — ٨٥ .

وتشعبت آراؤهم وكثر جدلهم حول كثير من المسائل التى تتعلق بشروط الواقفين، وفى طليعة هذه المسائل ما يتعلق بالطبقات فى استحقاق الوقف .

وأبرز البحوث المتعلقة بالطبقات التى تناولها الإفتاء والقضاء فى العصور الأخيرة ، هى ترتيب الطبقات ، وعموم الطبقة وخصوصها ، وما تتناوله الطبقة ، عامة كانت أو خاصة . وهذا القانون قد عالج المسألة الأولى فى المادة ٣٢ على النحو الذى عرفت، وقد انطوت أحكامها أيضاً على أحكام أهم الأمور التى تدخل فى المسألة الثالثة ولم يعرض لبقيتها وتركها للأرجح من مذهب أبى حنيفة . أما المسألة الثانيـة فقد عالجتها الفقرة الثانية من هذه المادة .

٣٠٩ — عموم الطبقة وخصوصها :

من الأوقاف ما تقضى طبيعته بألا يكون محـلا للكلام فى عموم الطبقة وخصوصها ، كما لو وقف على نفســه ثم على ذريته وقفاً مرتب الطبقات ، ونص على أن الترتيب فيــه ترتيب جملة على جملة ، ولم يشترط قيام الفرع مقام أصـله لابعد الاستحقاق ولاقبله ، ففى مثل هذا الوقف لاسبيل للخلاف فى معنى طبقته ولامحل للكلام فى عمومها وخصوصها . وكما لو وقف على نفسه وجعل الوقف من بعده حصصاً موزعة على من يليه ، حِصَصَ أعيان ، مفرزة أو شائعة ، أو حصص استحقاق ، وأنشأ وقف كل حصة على أهلها بإنشاء وشروط استحقاق مستقلة ، فهذه الحصص أوقاف مستقلة منفصل بعضها عن بعض تمام الانفصال فى الاستحقاق وشروطه ، وأن جمعتها عقدة واحدة وربما جمعتها أيضاً بعض الشروط المشتركة ، ولست أعرف حتى الآن أن أحداً قال أو اتجه إلى القول بأن الطبقة فى مثل هذا الوقف تتناول من يكون فى درجة واحدة من جميع أهل هـذه الحصص المستقلة استقلالا تاماً .

ومن الأوقاف ماتسمح طبيعتها بالاختلاف وتكون محلا للقول بعموم الطبقة أو خصوصها ، وهى الأوقاف التى كان إنشاء الاستحقاق فيها بكلام واحد وجعلها

الواقف حصصاً ، أو كان الترتيب فيها أفراديا ولو فى بعض الطبقات ، أو كان جُملياً ولكن شرط الواقف قيام الفرع مقام أصله ، وشرط أيضاً نصيب من يموت ولا فرع له لأهل طبقته وذوى درجته . فهذه الأوقاف هى التى كانت محل اختلاف القضاة فى الأزمنة القريبة .

فمنهم من استند إلى إطلاق كلام الواقف وعدم تقييد الطبقة فقال إنها عامة تشمل الموقوف عليهم من جميع الحصص .

ومنهم من اعتمد على أغراض الواقفين وأنهم بجعلهم أوقافهم حصصاً أو بجعلهم الترتيب فيها ترتيباً أفرادياً ، أو بشرط قيام الفرع مقام أصله ، يريدون أن يختص كل فريق بما جعل له لا يشاركه فيه غيره من أرباب الحصص الأخرى ، واتخذوا هذا آية على أن الواقفين ، وإن أطلقوا فى الطبقة أو الدرجة ، لا يريدون منها إلا الطبقة الخاصة ، أى طبقة الميت من أهل الحصة التى كان يستحق فيها ، لامن جميع الحصص ، وقالوا إنه لايقدح فى هذا المعنى كون الإنشاء جاء بعبارة مشتركة ، فإنه فى الواقع بمثابة إنشاءات متعددة ، فمن يقول وقفت على أولادى ثم من بعد كل منهم فعلى أولاده الخ . كأنه كرر الانشاء بعدد من أضيفت إليهم كلمة « كل » كما قالوا أن الوضع لايختلف والمعنى لا يتغير لو أن الواقف قال : « فلأهل طبقته وذوى درجته من « أهل هذا الوقف الموقوف عليهم أو فلأقرب الطبقات إليه من أهل هذا الوقف الموقوف عليهم » فإن الوقف المشار إليه كما يحتمل أن يكون قد أريد به الوقف جميعه ، يحتمل أن يكون قد أريد به الوقف الخاص وهو وقف الحصة ، والأظهر إرادة المعنى الثانى لأنه هو الذى يتفق مع أغراض الواقفين من الرغبة فى الاختصاص .

ومنهم من ذهب إلى أنه إذا أطلقت الدرجة فى كلام الواقف ولم ينضم إليها قوله « من أهل هذا الوقف الموقوف عليهم » حملت على الطبقة الخاصة ، أما إذا انضمت إليها هذه العبارة فإنها تحمل على الطبقة العامة لأن هذه الضميمة تفيد إرادة التعميم .

ومنهم من ذهب إلى أنه إذا وجدت طبقة خاصة وطبقة عامة حملت الطبقة

فى كلام الواقف على الخاصة ، أما إذا كانت الطبقة الخاصة قد انقرضت فإنها تحمل على الطبقة العامة ، فلو وقف على نفسه ثم على أولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات ومات واحد من فروع أحد أولاده وكان نصيبه مشروطاً لطبقته ، وكان يوجد موقوف عليهم من طبقته الخاصة ، وهم فروع أصله ، ومن الطبقة العامة ، الشاملة لفروع الأصول جميعاً اختص بنصيبه أهل طبقته الخاصة ، أما إذا لم يوجد فى طبقته الخاصة أحد فإنه يصرف لجميع أهل طبقته وذوى درجته من جميع الحصص الأخرى وإن كانت فروع أصل هذا الميت قد انقرضت بموته . وهذا الرأى من أغرب الآراء وأبعدها عن الصواب كما هو بين .

وقد نشأ عن العمل بالرأى الأول اختلاف آخر ، وهو أنه إذا وزع نصيب العقيم على من فى درجته من جميع الحصص ثم انقرضت الطبقة العليا فى حصة غير الحصة التى كان يستحق فيها هذا العقيم فهل تنقض القسمة فى غلة هذه الحصة وحدها أو فيها وفيما آل إلى أهلها من نصيب من مات عقيما من غير أهلها؟ اختلفت المحاكم فى ذلك . ولكن الرأى السائد هو عدم نقض القسمة فى هذا النصيب .

هذا هو استعراض بين لاختلاف الآراء فى هذا الموضوع ، وهو اختلاف لم ينشأ عن اختلاف نصوص وردت فى مذهب الحنفية ، ولا عن الاختلاف فى فهم نصوص فقهية خاصة متعلقة به [1] وإنما هو اختلاف نشأ عن الاحتمال فى عبارات الواقفين والاختلاف فى أغراضهم ومدى مايهدفون إليه . وقد نشأ عن هذا الاختلاف ارتباكات واضطراب فى توزيع الريع وكثرة المنازعات واختلاف الأحكام فى الوقف الواحد بل فى النصيب الواحد . ولهذا كان من الضرورى وضع حد لهذا الخلاف . وقد اختار الشارع الأخذ بالفهم الثانى لقوة مدركه ولأنه الأقرب إلى أغراض الواقفين و إلى الأحكام التى تخيرها هذا القانون .

---

(١) لم تشر المذكرة التفسيرية الى اختلاف فى مذهب الحنفية ، ولم تذكر الا اختلاف آراء المحاكم فحسب ، وسمت ما اختارته فهماً لا قولا . ولكن بعض من كتبوا فى الوقف بعد صدور القانون قال أن ما اختاره القانون « أحد قوانين فى مذهب الحنفية » ولم يشر الى المصدر الذى نقل عنه هذا الخلاف ، فتخونت معلوماتى وعاودت البحث فلم أظفر بقليل ولا بكثير يتعلق بهذا الخلاف .

٣١١ — فإذا وقف وقفه وجعله مرتب الطبقات وشرط نصيب من يموت أو يحرم أو يرد لأهل طبقته وذوى درجته أو لأقرب الطبقات إليـــه وأطلق فى الطبقة ، حملت الطبقة فى كلامه على الطبقة الخاصة ، وهى طبقته أو أقرب الطبقات إليه من أهل الحصة التى كان يستحق فيها ، ولا تحمل على الطبقة العامة التى تشمل أهل الطبقة الخاصة وما يوازيها من الحصص الأخرى . هـذا هو المعنى الذى أراد الشارع أن يقرره فى الفقرة الثانية من هـذه المادة وكان محل عنايته ولم يحفل بما عداه مما يتعلق بالطبقة .

٣١٢ — المراد بالحصة فى هذه الفقرة :

استعمل القانون عبارة « الحصة التى كان يستحق فيها » فى فقرتى هذه المادة ، وأراد منها فى الفقرة الأولى ما يشمل الوقف كله تسمحا ، أما فى الفقرة الثانيـــة فإنه أراد من الحصة معناها الحقيقى الذى ليس فيه شىء من التسمح ، وهو يقتضى أن يكون هناك مقسم وأقسام ، فهى هنا لا تشمل الوقف كله كما شملته هناك .

وسر هـذه التفرقة يرجع إلى اختلاف الملحظين ، فالغرض من حكم الفقرة الأولى هو اتقاء الانقطاع ، أما الغرض هنا فهو اختصاص أهل كل حصة بما جعل لها ، وهذا المعنى لا وجود له فى صورة التسمح التى شملتها الحصة فى الفقرة الأولى . ومتى رجعت إلى المذكرة التفسيرية فيما يتعلق بهذه المادة ووازنت بين ما كتب فيها عن الفقرتين وجدت إرادة الشارع للتفرقة بين المراد من الحصـة فى الفقرتين واضحة أتم الوضوح [١] .

(١) جاء بها عن الفقرة الأولى ، أنه لو وقف على أولاده المعـينين بالاسم ثم على أولادهم وذريتهم فمات أحد أبنائه عقيما عاد نصيبه إلى الباقين ولا يكون منقطعاً ، وفى هذه الحال يصدق القول بأن نصيبه عاد إلى غلة الحصة التى كان يستحق فيها مع شىء من التسامح دعا إليه الإتيان بعبارة جامعه تتناول كل الصور وتتفق مع التحرير التقنينى . وعلى هـذا الأساس ذكرت بعد ذلك أنه إذا كان لبنت الواقف أولاد وذرية ثم انقرضت هى وذريتها بعد الاستحقاق عادت حصتها هى وذريتها إلى غلة أصل الوقف . =

٣١٣ — فإذا جعل الواقف وقفه مرتب الطبقات ترتيباً جملياً بنص واضح الدلالة ولم يشترط قيام الفرع مقام أصله ، وشرط نصيب من يموت لأهل طبقته ، لا يمكن أن يقال إن فى هذا الوقف حصة كان يستحق فيها وحصة لم يكن يستحق فيها فالمراد من الطبقة فى هذا الوقف متعين لا احتمال فيه . والواقع أن العمل بهذا الشرط يستوى فى النتيجة هو والعمل بحكم الفقرة الأولى من هذه المادة ، فإن النصيب على أى حال يكون لمن بقى من أهـل الطبقة المستحقة . ولو أنه شرط فى هذا الوقف قيام الفرع مقام أصله وكان وضع المسألة فى الباقى كما هو ، ومات عدد من أهل الطبقة العليا عن فروع ، وكانت فروع كل من مات منهم مكونة من طبقتين أو أكثر ، واستحق كل فرع ما استحقه أصله أو كان يستحقه بمقتضى شرط الواقف ، ومات من هؤلاء الفروع من ينطبق عليه شرط الواقف فى عودة النصيب إلى أهل طبقته ، عاد نصيبه إلى أهل الطبقة الخاصة ، وهى طبقته من فروع أقرب أصل له ، فإن كان للأصل المباشر فروع بعد موته اختصوا بنصيبه دون من فى طبقته من فروع أصله غير المباشر وأصوله الأعلون ، وإذا لم يكن فى طبقته أحد من ذرية أصله المباشر اختص بنصيبه من فى طبقته من ذرية أصله الذى فوقه مباشرة ، وهكذا . فإذا لم يوجد فى طبقته أحد أصلا من ذرية أصله الأول الذى كان من الطبقة العليا ولم يكن للواقف شرط آخر فى نصيبه عاد نصيبه طبقاً للفقرة الأولى إلى غلة الحصة التى كان يستحق فيها لأن شرط الواقف قد حملت فيه الطبقة على الطبقة الخاصة ، وهى ليست موجودة فلا يكون له شرط فى هذه الحال ولم يبق إلا العمل

= وجاء بها عن الفقرة الثانية ، أن المحاكم اختلفت فى المراد من الطبقة هل هى الطبقة الخاصة أو المراد منها مايعم المستحقين فى درجة واحدة من جميع أهل الوقف وفى جميع الحصص . وقد اختير الفهم الأول لأنه الأقرب إلى أغراض الواقفين وإلى الأحكام التى تخيرها هـذا المشروع . واختيار الشارع الفهم الأول ، وهو حمل كلمة « الطبقة » فى عبارات الواقفين على الطبقة الخاصة يلزم منه حتما أن يكون المراد من الحصة التى كان يستحق فيها معناها الذى لا تسمح فيه وإلا لزم حملها فى استعمال واحد للواقف على أحـد المعنيين المختلفين تارة وعلى المعنى الآخر تارة أخرى وذلك لا يجوز . فليس فى وسع الشارع أن يفسر كلام الواقفين ويحمله على معانى لا سبيل إلى حمله عليها .

بحكم الفقرة المذكورة . وإذا كان الواقف قد شرط نصيبه لأقرب الطبقات إليه عمل بشرطه مع مراعاة أن المراد بالطبقة الطبقة الخاصة . ويتحقق العمل بهذا ما بقى من ذرية أصله الأول أحد . وإذا كانت ذرية الأصل الأول لهذا الميت قد انقرضت بموته، عاد نصيبه لأصل غلة الوقف ولا يعود إلى من فى درجته من فروع الأصول الآخرين لأن الطبقة فى كلام الواقف حملت على الطبقة الخاصة التى لا وجود لها فلا يكون للواقف شرط فى هـذه الحال ويعمل بحكم الفقرة الأولى ولا يمكن أن تحمل الطبقة فى هذه الحال على الطبقة العامة ، إذ اللفظ لا يستعمل فى عبارة واحدة بمعنيين مختلفين .

٣١٤ — وإذا كان الوقف مرتب الطبقات ترتيباً أفرادياً فى جميع الطبقات، شرط فيه قيام الفرع مقام أصله أو لم يشرط ، وشرط فيه نصيب هذا الميت لطبقته أو لأقرب الطبقات إليه ، حملت الطبقة على الطبقة الخاصة وعمل بشرط الواقف على هذا النحو . فإذا كان الشرط هو العودة للطبقة ولم توجد لم يكن للواقف شرط فى هذه الحال ، وإن كانت ذرية أصله من الطبقة الأولى باقية ، وإذ ذاك يعمل فى نصيبه بحكم الفقرة الأولى . وإذا كان الشرط هو العودة لأقرب الطبقات يعمل به ما بقى أحد من ذرية ذلك الأصل ، حتى إذا انقرضت لم يكن للواقف فى هذه الحال شرط ويعمل بحكم الفقرة الأولى .

وإذا كان الوقف مرتب الطبقات ترتيباً أفرادياً بالنسبة لبعضها وترتيباً جملياً بالنسبة للبعض الآخر عمل فى كل من الحالتين بالحكم الذى يلائمها على النحو الذى فصلته .

٣١٥ — ذو النصيبين :

وقد نصت هـذه الفقرة على أن الطبقـة فى كلام الواقف تحمل عنـد الإطلاق على طبقة الميت من أهل الحصـة التى كان يستحق فيها . فإذا كان مستحقاً فى أكثر من حصة صرف نصيبه من كل حصـة إلى من

فى طبقته أو إلى أقرب الطبقات إليه من أهل هذه الحصة وحدها دون سواهم .

فإذا كان الواقف قد جعل وقفه مرتب الطبقات ترتيباً أفرادياً فى جميعها ، أو نص على أنه ترتيب جملى ، ولكنه شرط قيام الفرع مقام أصله ، وشرط نصيب من يموت لمن فى طبقته أو لأقرب الطبقات إليه ، وتزوج مستحق بإحدى المستحقات من طبقته ثم توفى عن أولاد منها ومن غيرها فتزوجت بمستحق آخر من طبقتها ومات عن أولاد منها ومن غيرها ثم تزوجت بثالث ليس من أهل الوقف ورزقت منه بأولاد أيضاً ثم ماتت عن أولادها من الأزواج الثلاثة ، فمن يموت من أولادها من الزوج الأجنبى عن الوقف ليس له إلا حصة واحدة يستحق فيها هى حصة أمه . فيعود نصيبه إلى من فى طبقته من أهل هذه الحصة وحدها وهم الباقون من أولادها من الأزواج الثلاثة . ومن يموت منهم من أولاد الزوجين الأولين يكون مستحقاً فى حصتين ، حصة أبيه وحصة أمه ، فيعود نصيبه من حصة أبيه إلى من فى طبقته من أهل هذه الحصة ، وهم الباقون من أولاد أبيه ، ويستوى ما إذا كانوا أشقاء للميت أو غير أشقاء ، ولايستحق فيه أحد من أولاد أمه من المستحق الآخر أو من الأجنبى ، ويعود نصيبه من حصة أمه إلى من بقى بعد موته من أولادها من الأزواج الثلاثة . وهذا مع مراعاة ما يأتى فى بيان من تتناولهم الطبقة .

ولا فرق فى هذا بين ما إذا كان أهل طبقته فى كل حصة من درجة واحدة وما إذا كانوا من درجات مختلفة . كما لو فرض أن من تزوجته هذه المرأة أولا كان من طبقة أعلى من طبقتها ومن تزوجته ثانياً من طبقة أنزل من طبقتها . فأولادها جميعاً بالنسبة لحصتها من طبقة وسطى . وأولادها من الأول بالنسبة لحصته من طبقة أعلى . وأولادها من الثانى بالنسبة لحصته من طبقة أنزل . ولكل من أولادها بالنسبة لمجموع استحقاقه طبقتان . ولكن كل هذا لا مدخل له ويعود نصيب الميت فى كل حصة إلى من فى طبقته من أهل هذه الحصة . وقد قضى الشارع بهذا الحكم على تردد القضاة فيما

يجب العمل به فى مثل هـذه الحال لاختلاف بعض المفتين من متأخرى الحنفية فى ذلك[1].

---

(١) نقل الحامدى أن عمه محمدا العمادى أفتى على سؤال رفع إليه فى رجل له درجتان درجة من جهة أبيه ودرجة من جهة أمه بما ملخصه أن ماآل اليه من الاستحقاق من جهة أبيه يعود لمن هو فى درجته من جهة أبيه ، وما آل اليـه من الاستحقاق من جهة أمه يعود لمن هو معه فى درجته من أهل الوقف من جهة أمه ، وقال إن عمـه قد بحث فى ذلك بحثاً مفيداً وقال إن كل واحـد من النصيبين آل اليه من جهة ولـكل من الجهتين درجة ، وقد شرط الواقف عود نصيب من مات عن غير ولد لمن هو معه فى درجته وذوى طبقته من أهـل الوقف فيصدق على أهل كل درجة من الدرجتين المذكورتين أنهم فى درجة المتوفى لاختلاف جهة الاستحقاق فى الأصل ، فلو أعطينا جميع ما آل اليه من الاستحقاق لأهل الدرجة العليا دون من كان مساويا له من أهل الدرجة السـفلى لزم تخصيص إحدى الدرجتين على أهل الدرجة الأخرى من غير مخصص يقتضيه كلام الواقف وأهمال ما دل عليه صريح كلامه مع إمكان العمل به ، وإعمال الكلام أولى من اهماله ، وكذلك لو خصصنا النصيب بأهل الدرجة السفلى . ويلزم أيضاً حرمان احدى الدرجتين من الإعطاء مع صريح دلالة اللفظ على الإعطاء ومتى احتمـل اللفظ الاعطاء والحرمان يقدم الإعطاء الذى هو أقرب إلى كلام الواقفين ، فكيف مع عدم احتمال اللفظ للحرمان فى هذه المسألة. ولو قلنا باستحقاق جميع أهل الدرجتين للنصيب المذكور يلزم من ذلك اشتراك احداهما بنصيب الأخرى من غير مايدل عليه صريح كلام الواقف مع امكان إعماله فى عود نصيب أهـل الدرجة العليا لمن كان مساويا للمتوفى فيها ، وكذلك فى أهل السفلى ، والإعمال أولى من الإهمال ، فما آل اليه من جهة الدرجة العليا يعود لمن كان مساويا له فيها من أهل الوقف ، وما آل إليه من جهة الدرجة السفلى يعود أيضاً لمن كان مساويا له فيها من أهل الوقف .

وقد عقب الحامدى على ذلك وأخـذ يناقش ماذهب اليه عمه ، وتساءل عما يمنع من القول باستحقاق أهل الدرجتين جميعاً لـكل نصيبه ، ولفظ الدرجـة جنس ، لاضافته ، فيتناول العليا والسفلى ، وليس فى كلام الواقف ما يخص إحداهما حيث وجدتا ، ولا مايمنع ارادتهما معاً لا لغـة ولااصطلاحا ، ولا ما يقتضى تخصيص كل واحدة منهما ببعض مافى يد المتوفى . على أنه لو كان الذى آل إلى المتوفى من جهة درجة واحدة وقلنا بانتقاله إلى أهل تلك الدرجة فقط لزم ترجيحها بلا مرجح وحرمان بعض الدرجات وإعمال اطلاق الدرجة أولى من إهماله . أما قوله إنه يلزم عليه اشتراك إحدى الدرجتين بنصيب الأخرى ، إنما يرد لو سلمنا أن ما انتقل إليه من إحدى الدرجتين هو نصيبهما ، وليس كذلك ، لأنه بانتقاله إليه صار نصيبه لانصيبها ، ولا يلزم من انتقاله إليه من تلك الدرجة عوده إليها بعـد موته لأنه خرج عن كونه نصيبها بعد صيرورته نصيبه . ثم ختم كلامه بقوله والحاصل أن الذى يتعين المصير إليه فى مسألة من له درجتان متفاوتتان ومات لا عن ولد مع شرط الواقف عود نصيبه إلى من فى درجته أنه يعود إلى كل من فى درجته سواء أكان نصيبه أصليا أو آيلا إليه من إحدى الدرجتين أو من كل منهما لعدم الترجيح إلا اذا كان الوقف مرتبا بثم مشروطا فيه حجب الطبقة العليـا للسفلى فحينئذ ينتقل نصيبه للعليا من درجتيه (تنقيح الحامدية جـ١ — ١٣٧ ، ١٣٨) . وابن عابدين لم يعلق على هذا فى التنقيح ، ولم أظفر بتعليق عليه فى مكان آخر لا لابن عابدين ولا لغيره . والحجة الواضحة يعززها الذوق الفقهى =

ولو وقف على نفسه ثم على أولاده وعلى ابن ابنه محمد ثم من بعد كل منهم على أولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات ترتيباً أفرادياً ، وشرط أن مات منهم عقيما يكون نصيبه لمن فى طبقته ، وأطلق فى الطبقة ، ثم مات عن أولاده محمد و إبراهيم ومحمود وزينب ونجية وعلى ابن ابنه محمد فآل الاستحقاق إليهم ثم مات ابن الابن هذا عن بنته فاطمة فاستحقت نصيبه ثم مات محمد ابن الواقف عن ثلاثة أولاد استحقوا نصيبه هم وفاطمة بنت على التى استحقت من نصيب محمد ما كان يستحقه أبوها لو كان حياً ، ثم مات أولاد محمد الثلاثة وكان لكل منهم أولاد استحقوا نصيبه . ففاطمة بنت محمد فى هذه الحال تستحق فى حصتين ولها طبقتان ، حصة والدها على التى استحقها مع أبيه وأعمامه ، وهى بالنسبة لها طبقة ثانية ، والحصة التى استحقتها من نصيب جدها محمد ، وهى بالنسبة لها من الطبقة الثالثة . فإذا ماتت فاطمة هذه عقيما كان نصيبها فى حصة جدها لمن فى طبقتها من أهل هذه الحصة وحدهم عملا بشرط الواقف مع مراعاة حمل الطبقة على الطبقة الخاصة ، وهى طبقتها من أهل الحصة التى كانت تستحق فيها . أما بقية نصيبها فيعود لأصل الوقف لأنه لا يوجد فى طبقتها الخاصة أحد فلا يكون للواقف شرط فى نصيبها فى هذه الحال ويجب العمل فيه بحكم الفقرة الأولى من هذه المادة . إذ المفروض أن الواقف ليس له فى هذا النصيب شرط آخر .

٣١٦ — شرط العمل بهذا الحكم :

ومن شرط العمل بهذا الحكم ألا يكون فى كتاب الوقف نص يخالفه كما هو صريح المادة ٥٨ . وقد بينت فيما سبق معنى النص الذى يريده الشارع فى تلك المادة . فإذا نص الواقف على أنه يريد بالطبقة الطبقة الخاصة اتفق شرطه وحكم هذا القانون . وإذا نص على عموم الطبقة من جميع الحصص عمل بشرطه ولا يعمل

= تسند العادى وتؤيد أن قوله هو الحق والفقه والعدل . أما مناقشات ابن أخيه فكلها تعسفات ولا تتفق مع أغراض الواقفين . وقد أحسن الشارع بالجرى على ما يتفق مع رأى العادى فى هذه المسألة .

بهذا الحكم وكذلك يعمل بشرطه إذا نص على عودة النصيب إلى طبقة معينة ليست الطبقة العامة من أهل الوقف جميعهم وليست الطبقة الخاصة التي بينتها هذه الفقرة . فهذا الحكم إنما يعمل به عند إطلاق الطبقة فى كلام الواقف إذا لم يوجد فى كلامه ما يجعل دلالتها على غير هذا واضحة جلية . ولا تنس ما قدمته من أن قول الواقفين « من أهل هذا الوقف » أو « من أهل هذا الوقف الموقوف عليهم » لا يعتبر نصاً دالا على عموم الطبقة فى كلامه ، فإن كلمة « الوقف » محتملة ، فكما يصح أن يراد منها الوقف جميعه ، يصح أن يراد منها الوقف الخاص ، وهذا هو الأقرب لأغراض الواقفين .

٣١٧ — ومن أمثلة النص على طبقة خاصة ، ولكنها ليست الطبقة الخاصة التى بينها هذا القانون ، ما لو وقف على أولاده وأولاد أخيه وذريتهم وقفاً مرتب الطبقات وشرط أن من مات منهم عن غير عقب كان نصيبه لمن فى درجته أو لأقرب الدرجات إليه من ذرية الواقف ، فمن مات من ذرية أخيه عقيما لا يستحق فى نصيبه من كان فى درجته من ذرية الأخ لنص الواقف على أن تكون الدرجة من خصوص ذريته ولا وجه لأن يختص به أهل الدرجة من حصة من حصص ذرية الواقف دون الأخرى ، ومن مات من ذرية الواقف عقيما كان نصيبه لجميع من فى درجته من ذرية الواقف لنصه على التعميم فى الدرجة بقوله « من ذرية الواقف » . والدرجة فى هذه الحال ليست الدرجة العامة الشاملة لجميع الحصص وليست الدرجة الخاصة التى بينها القانون .

ومن أمثلة ذلك أيضاً ما لو وقف على عتقائه وعتيقاته البيض والسود والحبوش وبين سهم كل منهم ثم من بعد كل منهم يكون ما هو موقوف عليه وقفاً على أولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات واشترط أن من مات من الموقوف عليهم ولا ذرية كان نصيبه لمن فى درجته من البيض وذريتهم .

٣١٨ — ومن أمثلة النص على عموم الطبقة ما لو وقف على أولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات وشرط أن من مات عقيما كان نصيبه لمن فى درجته من ذرية

الواقف ، فإن وصف الدرجة بهذا الوصف نص على عمومها وأنها لا تختص بالطبقة من أهل الحصة التى كان يستحق فيها .

ومن أمثلته أيضاً أن يكون الوقف مرتب الطبقات ويشترط الواقف فيه أن من مات ولا ذرية له كان نصيبه لمن فى طبقته من أهل حصته التى كان يستحق فيها فإن لم يكن فى هذه الطبقة أحد كان لأقرب الطبقات للمتوفى من أهل هذه الحصة فإن لم يبق منها أحد كان لمن فى طبقته . ففى الحالة الأخيرة لا مناص من إرادة العموم من الطبقة. لأن من مات ليس له طبقة خاصة. وليس بعض الحصص الأخرى بأولى من غيرها .

٣١٩ — ومن الأوقاف ما استعملت فيه الدرجة بمعان مختلفة . فقد أنشأ بعض الواقفين وقفه على نفسه ثم من بعده على أولاده ثم من بعد كل من أولاده ينتقل نصيبه من ذلك لولده أو أولاده ألا ولد البنت فلا ينتقل له نصيب أمه ذكراً كان أو أنثى بل ينتقل نصيبها إلى من يوجد من أخوتها وأخواتها المشاركين لها فى الدرجة والاستحقاق مضافاً لما يستحقونه من ذلك كل بقدر حصته . فان لم يوجد من يشاركها فى الدرجة والاستحقاق انتقل نصيبها إلى الأقرب لها فى الدرجة فالأقرب واحداً كان أو متعدداً . ثم من بعد كل منهم فعلى ولده أو أولاده إلا ولد البنت فلا ينتقل إليه نصيب أمه . . . (إلى آخر ما ذكره فى أولاده) ثم من بعد كل منهم فعلى ولده أو أولاده إلاولد البنت . . . الخ أيضاً . ثم من بعد كل منهم ينتقل نصيبه من ذلك لأولاد البنين دون أولاد البنات على الوجه المبين أعلاه . ثم على ذريتهم ونسلهم وعقبهم من أولاد البنين دون أولاد البنات على الوجه المشروح أعلاه طبقة بعد طبقة ونسلا بعد نسل وجيلا بعد جيل من أولاد البنين دون أولاد البنات على الوجه المدون بعاليه والوصف والبيان المبين بأعاليه . وشرط أن من مات عن ولد أو ولد ابن أو ولد ابن ابن أو ولد ابن ابن ابن أو أسفل من ذلك على هذا الوصف والبيان انتقل نصيبه من ذلك إليه ، فإن لم يكن له ولد ولا ولد ابن ولا أسفل من ذلك

على هذا الوصف والبيان انتقل نصيبه من ذلك لأخوته وأخواته المشاركين له في الدرجة والاستحقاق مضافاً لما يستحقونه من ذلك كل بقدر حصته ، لكن يقدم في ذلك الأخ النسبي والأخت النسبيـة على المشاركين له في الدرجـة والاستحقاق ممن لم يكن نسبياً ، فإن لم يكن له أخوة ولا أخوات من النسب ولامشاركون في الدرجة والاستحقاق فللأقرب لهذا المتوفى من أهل هـذا الوقف الموقوف عليهم . وشرط قيام ولد من مات قبل الاستحقاق أو ولد ابنه وان نزل الابن مقامه واستحقاقه ما كان أصله يستحقه أن لو كان حياً باقياً .

فهذا الواقف له شرط في نصيب البنات المستحقات خاص به ، وشرط آخر خاص بنصيب من يموت وليس له فرع يليه في الاستحقاق من غير البنات . وقد استعمل الدرجة والطبقة في هذين الشرطين بمعان مختلفة . فالدرجة في قوله «فإن لم يوجد من يشاركها في الدرجة والاستحقاق » بالنسبة لبناته و بنات أبنائه و بنات أبناء أبنائه وأن نزلوا لايريد منها سوى الإخوة والأخوات الذين يكونون موجودين حين موتها ، كما هو واضح أتم الوضوح من المقابلة ، وهذا معنى من أضيق المعاني ، حتى من المعنى الذي بينه هذا القانون. والدرجة في قوله «ولامشاركون له في الدرجة والاستحقاق » بالنسبة لمن ليس له فرع يليه في الاستحقاق من غير البنات ، يريد منهـا الأخوة والأخوات الحقيقيين والمجازيين ، والحقيقيون هم النسبيون الذين قدمهم في الاستحقاق في نصيب الميت على غير النسبيين . والمجازيون هم فروع الأخوة والأخوات الذين ثبت لهم الاستحقاق مع الباقين من طبقة أصولهم بأصل الإنشاء وبالشرط . وهذا المعنى و إن كان أوسع من معنى الدرجة السابق ، أضيق من المعنى الذي بينه هذا القانون . أما قوله بالنسبة لأنصبة البنات« إلى الأقرب لها في الدرجة واحداً كان أو متعدداً » فهو كقول غيره« لأقرب الدرجات » وهما سواء في المعنى. والدرجة في هذه العبارة بالنسبة لبناته لصلبه لابد أن تكون عامة لأنه اشترط نصيبها لأقرب الطبقات إليها عنـد عدم الأخوة والأخوات ، أي بعد انقراض طبقتها ، وهي من بنات الصلب فلم تكن هناك حصة خاصة تستحق فيها ، فتعين

أنه يريد من قوله أقرب الدرجات الدرجات العامة ، أما بالنسبة لمن عدا بنات الصلب فإن الدرجة فى عبارته مطلقة ومحتملة فيجب طبقاً لأحكام هذه الفقرة أن تحمل على طبقتها من أهل الحصة التى كانت تستحق فيها .

٣٢٠ — والحكم الذى تقرره هذه الفقرة ، كالحكم الذى تقرره الفقرة الأولى ، لا يتعارض مع أحكام الاستحقاق الواجب لا فى قليل ولا فى كثير . أما النص الذى يخالفه فإنه قد يتعارض مع تلك الأحكام وإذ ذاك لا يعمل بالنص ويعمل بأحكام الاستحقاق الواجب ، وقد فصلت القول فى ذلك أثناء شرح الفقرة الأولى وفى مواضع أخرى على وجه لا أحتاج معه هنا إلى أكثر من التنبيه والإشارة .

٣٢١ — من أحكام الطبقة .

قدمت أن الشارع لم يعرض هنا لجميع ما يتعلق بالطبقة ، وأنه لم يعن إلا ببيان نوعها إذا أطلقت فى كلام الواقفين ولم يوجد نص يعين نوعها ، وأنه ترك ماعدا هذا مما يتعلق بها لأحكام القانون الأخرى ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة . وقد رأيت أن أعرض هنا لأهم هذه الأحكام لارتباطها الوثيق بتطبيق المادتين (٣٢ ، ٣٣) على الوجه الأكمل .

٣٢٢ — فإذا شرط الواقف نصيب من يموت لمن فى طبقته وأطلق ، كان هذا النصيب موقوفاً من بعده بمقتضى هذا الشرط على جميع أهل هذه الطبقة ، خاصة كانت أو عامة بحسب الأحوال . فيدخل فى وقف هذا النصيب كل موقوف عليه كان من أهلها ، ويستوى فى هذا من كان موجوداً عند الوقف ومن يوجد بعده وقبل استحقاق الطبقة لهذا النصيب ومن يوجد بعد الاستحقاق، كما يستوى فيه من مات قبل الاستحقاق ومن مات بعده ، فكلٌ تتناوله عبارة الواقف وكلٌ موقوف عليه ، وليس وقف هذا النصيب على هذا الوجه وبمثل هذه العبارة إلا كغيره مما يشبهه من الأنواع الأخرى . فلا فرق بين هذا وبين ما لو وقف على نفسه ثم على أولاده ثم على أولادهم ثم على أولادهم وهكذا . فلا ريب فى أن كل طبقة من هذه الطبقات تتناول من كان موجوداً حين الوقف ومن وجد بعده قبل الاستحقاق

أو بعده ومن مات منهم قبل الاستحقاق أو بعده . ولا فرق بين هذا وبين ما لو وقف على نفسه ثم على ذريته ومن بعد انقراضهم يكون وقفاً على إخوته وذريتهم أو على أقاربه وذريتهم . فهذا الوقف يكون بعد ذريته على من كان موجوداً ومن يوجد ومن مات قبل الاستحقاق أو بعده من الموقوف عليهم بعدهم . ولا فرق بين هذا و بين ما لو وقف على نفسه ثم على أولاده وزوجته وجعل لزوجته سهما معيناً من الاستحقاق على أن يكون بعدها لأولادها وذريتها أو لأخوته وذريتهم أو لعتقائه وذريتهم أو لأتباعه وذريتهم . فلا نزاع فى أن هذا النصيب يكون موقوفاً على من كان موجوداً ومن يوجد ومن مات قبل الاستحقاق أو بعده . وأشباه هذه الصورة كثيرة يضيق المقام عن سردها . ولا شبهة فى أن الوقف فيها يتناول كل هؤلاء وأنه لا يختص به فى هذه الأحوال من يكون موجوداً حين موت من كان الوقف عليهم قبلهم . فأى فرق بين هذا و بين اشتراط نصيب من يموت لأهل طبقته ؟ ! لا يوجد فرق أصلا وهو ليس إلا وقفاً لهذا النصيب من بعده على أهل طبقته ، فيدخل فيهم من كان ومن يكون ومن مات قبل الاستحقاق ومن مات بعده واختصاص بعضهم بهذا النصيب دون البعض ليس إلا تعطيلا لعموم كلام الوقف وتخصيصاً له بدون مخصص . فإذا مات واحد ممن فى طبقته قبل موته وانتقال استحقاق هذا النصيب إلى أهل هذه الطبقة فلا مناص من اعتباره موقوفاً عليه مات قبل الاستحقاق تطبق على نصيبه فى هذا القدر الموقوف أحكام المادة ٣٢ والأحكام الأخرى المتعلقة بذلك . و إذا وجد أحد من أهل هذه الطبقة بعد أن آل إليها استحقاق هذا النصيب دخل فيه وشاركهم وأخذ حظه منه كسائرهم . و إذا لم يكن فى الطبقة أحد حين موت صاحب النصيب حتى صرف مصرفاً آخر ثم وجد فيها بعد ذلك مستحق عاد إليها النصيب .

٣٢٣ — هذا إذا أطلق الواقف الطبقة ولم يكن فى كلامه ما يدل على التخصيص. أما إذا كان فى كلام الواقف ما يدل على التخصيص وأنه أراد الوقف على بعض معين من أهل الطبقة ، فإن وقفه لهذا النصيب لا يتناول غير من عينهم ولا يدخل فيه سواهم فإنهم ليسوا ممن وقف هذا النصيب عليهم .

٣٢٤ — فإذا كان الواقف قد إشترط نصيب من يموت لمن يكون موجوداً حين موته من طبقته أو لمن يكون موجوداً من طبقته أو لمن يوجد من طبقته فإن هذا لايكون موقوفاً إلا على من يكون موجوداً من أهل طبقة المتوفى حين موته فلا يدخل فى وقفه من مات من أهل هذه الطبقة ، خاصة كانت أو عامة ، قبل موت صاحب هـذا النصيب ، ولا من يوجد من هؤلاء بعـد موته ، ولا يعتبر واحد منهما ممن وقف عليه هذا النصيب لأن الواقف إنما وقفه على من يكون موجوداً حين موته فلا يدخل فى وقفه من لم يتصف بهذا الوصف . وهو كما لو وقف على نفسه ثم من بعده على من يوجد من أولاده ، وما لو وقف على نفسه وذريته إلى انقراضهم فإذا انقرضوا كان وقفاً على من يوجـد من إخوته وأخواته أو على من يوجد من أقاربه ، وما لو وقف على أولاد الظهور إلى انقراضهم ثم يكون وقفاً على من يوجد من أولاد البطون . ففى هـذه الصور جميعها لا يدخل فى الوقف على الأولاد والأخوات والأقارب وأولاد البطون من مات منهم قبـل أن يؤول استحقاق الوقف لهم ولا من لم يكن موجوداً حينذاك ثم وجد بعـده ، وكذلك يكون الحكم فى وقف نصيب من يموت على من يوجد من طبقته . ولا فرق فى هذا بين أن يقول الواقف « على من يوجد من طبقته » أو « على من يكون موجوداً من طبقته » أو « على من يكون موجوداً عند موته من طبقته » فكلها فى هـذا المعنى سواء وإن اختلفت الألفاظ وجاء فى بعض العبارات دون البعض الآخر ماهو إيضاح وتأكيد للمراد .

وإذا كان أحد من أهل هـذه الطبقة مفقوداً حين آل الاستحقاق للطبقة فإنه لا يعتبر موجوداً ولا يدخل فى وقف هـذا النصيب إذا تبين موته قبل أيلولة الاستحقاق للطبقة أو حكم بموته لأنه فى الحالة الأخيرة يعتبر ميتاً من تاريخ الفقد فى حق مال غيره .

ومن الواضح أن الواقف إذا كان قد شرط هذا الشرط ولم يكن له نص آخر فى هذا النصيب ، ولم يوجد أحد من أهل هـذه الطبقة فإنه يعود إلى غلة الحصة

التى كان يستحق فيها طبقاً لأحكام الفقرة الأولى من هـذه المادة . وإذا وجد فى هذه الطبقة أحد بعد ذلك لايعود إليه هـذا النصيب ولاشىء منه لأنه ليس ممن وقف عليهم هذا النصيب .

٣٢٥ — وإذا شرط الواقف أن نصيب من يموت يكون لمن فى طبقته مضافاً لما يستحقونه ، لم يكن استحقاقهم فى الوقف شرطاً للاستحقاق فى هذا النصيب . وإذا جعله لمن فى طبقته المشاركين له فى الاستحقاق لايستحق فيه من لم يثبت له استحقاق فى الوقف حين موته . وقد بينت ذلك من قبل[1] . وأزيد هنا أن أهل الطبقة قد وصفوا « بالمشاركين » وهو اسم فاعل ، واسم الفاعل وصف مشتق ، فيكون حقيقـة فيمن اتصف بهذا الوصف فى الحال ، ومجازاً فى غيره ، والواقف قد وقف هـذا النصيب بعد صاحبه على المشارك له ، فيكون موقوفاً على المشارك له حين موته ، وهو فى ذلك كوصف « الموجود » وليس كالأولاد والإخوة وأشباههما ممـا يتناول من كان ومن يكون . فمن مات من أهل هذه الطبقة قبل موت صاحب النصيب لايكون ممن وقف عليهم نصيبه من بعده ، وإن بقى مشاركا له فى الاستحقاق إلى أن مات لأنه كان مشاركا له فيما مضى لافى الحال . وكذلك من لم يكن مستحقاً حين موته ثم ثبت له الاستحقاق بعده ، كمن لم يكن موجوداً ثم وجد ، ومن كان محجوباً فزال الحجب عنه ، ومن كان محروماً فعاد إليه الاستحقاق فهؤلاء لايدخل أحد منهم فى هـذا النصيب لأنه ليس ممن وقف عليهم ، فإنه لم يكن مشاركا لصاحبه فى الاستحقاق أصلا . هذا هو مايدل عليه هذا الشرط بحقيقته[2] ، والكلام لايصرف عن حقيقته بدون صارف . أما إذا كان فى كلام

---

(١) ص « ٥٧٧ ، ٥٧٨ ، ٥٨٧ ، ٥٨٨ »

(٢) تكلم النحويون والأصوليون فى استعمال المشتقات والأفعال ، فقالوا إن إطلاق المشتق ، اسم فاعل كان أم اسم مفعول ، على من قام به الوصف فى الحال يكون من استعمال اللفظ فى حقيقته اتفاقا — أما إطلاقه على من سيتصف به مستقبلا فهو إطلاق مجازى اتفاقا ، نحو ان الدين لواقع . أى إن الجزاء ليقع يوم القيامة ، ذلك يوم مجموع له الناس : أى ذلك يوم سيجمع له الناس وهو يوم القيامة . وقد نقل عن ابن سينا أن المشتق حقيقة فى الأزمان الثلاثة ولـكنهم قالوا إن كلامه ليس من خاصية الدلالة اللغوية أوالعرفية وإنما هو بصدد بيان المقاصد =

الواقف ما يدل على أنه أراد المشاركة فى جميع الأحوال ، ماضياً وحالا ومستقبلا ، أو فى بعضها فإنه يكون من الواجب العمل بالمعنى الذى أراده حتى وإن كان مخالفاً للدلالة اللغوية كما تقضى بذلك المادة العاشرة .

وإذا حمل شرط الواقف على حقيقته ولم يكن له فى هـذا النصيب نص آخر ولم يوجد فى طبقة صاحبه حين موته أحد يتصف بهذا الوصف طبقت عليه أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة ، ومن البين أنه لا يمكن أن يعود ثانياً إلى أهل هذه الطبقة بمقتضى هذا الشرط . أما إذا كان للواقف كلام يعتبر نصاً فى إرادة العموم ولم يوجد فى وقت من الأوقات من هو متصف بهذا الوصف وعاد هـذا النصيب

= المنطقية والفلسفية — أما إطلاقه على من قام الوصف فيما مضى ولم يكن متصفاً به فى الحال ففيـه أقوال : أحدها أنه مجاز مطلقاً ، وثانيها أنه حقيقة مطلقاً ، وثالثها التفصيل ، فهو مجاز إن كان الوصف من الأعراض التى يمكن بقاؤها كالبياض والسواد ، وحقيقة إن كان مما لا يمكن بقاؤه كالحركة . وقد صرح الأصوليون بأن الأصح المختار هو أنه مجاز فى المستقبل مطلقاً . وتدل الأحكام الفقهية فى الوقف وفى الوصية على أن هذا هو الذى تدور عليه الأحكام .

وقالوا أيضاً إن من المجاز إطلاق الفعل الماضى على المستقبل ، نحو أتى أمر الله فلا تستعجلوه ، وسيق الذين اتقوا ربهم إلى الجنة . ومن المجاز أيضاً إطلاق الفعل المضارع على الماضى نحو ، ولو ترى إذ وقفوا على النار : أى ولو رأيت . ولم أر للأصوليين كلاماً فى دلالة المضارع على كل من الحال والاستقبال . أما النحويون فقالوا إنه صالح لكل منهما ، وهو مبهم فيهما ثم يدخل عليه ما يخلصه لواحد بعينه ويقصره عليه .

« مسلم الثبوت جـ ١٩٣/١ وما بعدها — شرح مختصر الخادمى فى الأصول ص ٩٥ — شرح ابن يعيش للمفصل جـ ٦/٧ » .

وكلام النحويين صريح فى أن المضارع بالنظر للحال والمستقبل يكون من قبيل المشترك اللفظى ، فيكون استعماله فى كل منهما استعمالا للفظ فى حقيقته . وفى أنه لا يستعمل فيهما معاً ، بل لا بد من قرينة تقصره على أحدهما ، فإذا لم توجد هذه القرينة كان مجملا .

وإنما ينظر إلى وقت التكلم لمعرفة الاتصاف بالوصف أو سبقه أو توقع الاتصاف به إذا كان الكلام إخباراً محضاً . أما إذا كان لتقرير حكم فإنه ينظر إلى وقت هـذا الحكم ، كان وقت التكلم أو لم يكن ، فمن أوصى لكل جار له بمائة نظر إلى الاتصاف بالجوار وقت استحقاق الوصية وكذلك لو أوصى لمن يسكن قرية كذا من الفقراء بشىء معين . وكذلك لو وقف على جيرانه أو على فقراء قرابته أو على فقراء جيرانه نظر إلى من يقوم به الوصف عنـد استحقاق كل غلة . وعلى هذا ينظر فى نصيب العقيم الذى جعل للموجود فى طبقته إلى من يكون متصفاً بذلك وقت ثبوت الاسـتحقاق وهو موت العقيم ، وكذلك الحال لو جعل لمن فى طبقته المشـاركين له فى الاستحقاق .

إلى أصل الغلة ثم وجد بعد ذلك من اتصف بهذا الوصف عاد استحقاقه إلى أهل طبقته ، وهذا هو مذهب الحنفية وما تقضى به أحكام المادة ٣٥

٣٢٦ — ومما لفت أليه نظرى هنا مسألة تتعلق بهذا الموضوع أراها جديرة بالبحث والعناية ؛ وهى ما إذا شرط الواقف النصيب للموجودين من الطبقة أو للمشاركين فى الطبقة والاستحقاق وكان لصاحب هذا النصيب مشارك فى الدرجة أو فيها وفى الاستحقاق طلب إنهاء الوقف فى نصيبه للضآلة وأنهى فى ذلك فعلا حتى أصبح بهذا الإنهاء ليس من الموقوف عليهم وخرج من أن يكون من طبقته ثم مات صاحب النصيب وآل نصيبه إلى المشاركين له فى الدرجة طبقاً لشرط الواقف ، فهل يدخل معهم فى استحقاق هذا النصيب من انتهى الوقف فى نصيبه هو قبل موت صاحب هذا النصيب أو لا يدخل ؟ . إذا كان شرط الواقف قد أريد منه ما يعم الأزمان الثلاثة أو ما يتناول الماضى فلا شبهة فى دخوله . أما إذا كان الوصف فى هذا الشرط باقياً على حقيقته فمقتضاه ، بغض النظر عن أى اعتبار آخر ، أنه لايستحق شيئاً فى هذا النصيب ، لأنه ليس مشاركا للميت فى الاستحقاق أو ليس موجوداً فى طبقته حين موته فلا يكون ممن وقف عليهم هذا النصيب ، فهو فى هذا كمن مات قبله من أهل طبقته وانتهى استحقاقه بموته ، وكمن كان محروما من الاستحقاق حين موته وإن عاد إليه الاستحقاق بعد ذلك . وهذا الحكم لا ينبغى أن يكون محل تردد إذا كان الواقف قد اشترط هذا الشرط أو نص على استبقائه بعد العمل بالقانون لافتراض علمه بأحكامه ومعرفة أن من أحكامه انتهاء النصيب للضآلة وبانتهائه فى أى نصيب يخرج صاحبه من باقى الموقوف ولا يكون من أهل الوقف الباقى ويزول عنه الوصف الوارد بهذا الشرط . فالشرط عام وإرادة الواقف عمومه لايوجد ما يعارضها . وربما كان هذا راجحاً أيضاً فى حالة ما إذا كان الوقف قبل القانون ولم يمت الواقف إلا بعد العمل به وكان فى استطاعته أن يغير فى شروط وقفه ، فإن استبقاء الواقف هذا الشرط على عمومه أمارة أن تناول هذه الحالة ، التى لم تكن معروفة له حين الشرط ، قد

أصبح مراداً له . أما إذا كان الواقف قد مات قبل العمل بالقانون أو كان لايملك التغيير فى هذا الوقف فالمسألة عندى محل نظر ، إذ قد يقال إن حكم انتهاء الوقف لم يكن مقرراً ولا مرتقباً ولا معروفا حينما اشترط الواقف هـذا الشرط فلا يمكن أن تكون هذه الحالة مرادة له ، وهو إنما يتقى بشرطه هذا من لايكون من أهل الطبقة أصلا ، أو من يكون منها ولم يكن له استحقاق حين موت صاحب هذا النصيب ، وهـذا هو ما كان معروفاً له ، أما عدم المشاركة فى الطبقة أو فى الاستحقاق بسبب الانتهاء فلم يكن معروفا له ولم يرد اتقاءه قطعاً ، فيجب اعتبار من انتهى الوقف فى نصيبه مشاركا فى الطبقة وفى الاستحقاق لأن الواقف لم يرد إبعاده ولأن الوصف لم يزل عنه زوال بطلان وإنما هو من باب التأكد والتقرر بالانتهاء وقد انقلب حقه إلى ماهو أقوى وهو الملكية الحرة الطليقة ، فهو ليس كمن زال عنه وصف الوجود أو الاشتراك بالموت أو الحرمان ، وإنما هو كمن يقف على زوجته بهذا العنوان ثم يموت فالزوجية بينهما قد انتهت بالموت ولكنها لم تبطل بل تأكدت وتقررت بالموت وكمن يقف على نفسه ثم على أتباعه ثم على ذريتهم فيموت تابع قبل موته ، فوصف التبعية وإن انتهى بموت التابع ، لم يزل زوال بطلان وإنما انتهى انتهاء تقرر وتأكد ، فزوال الوصف قد يكون لبطلانه وقد يكون انتهاء مقرراً مؤكداً ومن انتهى الوقف فى نصيبه من النوع الثانى . قد يقال هذا ، وقد يُرَدّ عليه ، والمسألة عندى لا تزال محل تردد ناشىء عن هذا كله وإن كانت حرفية الشرط تقضى بعدم دخوله فى هذا النصيب .

وإذا لم يكن للواقف نص فى نصيب هذا الميت حتى طبقت عليه الفقرة الأولى من هذه المادة فعاد إلى غلة الحصة التى كان يستحق فيها فلا شبهة فى أن من انتهى الوقف فى نصيبه لايدخل فى نصيب هـذا الميت لأن القانون قد ضمه إلى غلة عين لاتزال موقوفة ليصرف فى مصارفها ، وهو ليس مستحقاً فى هذه الغلة فلا يستحق فيما ألحقه الشارع بهـا ، وكذلك يكون الحكم لو أن الواقف شرط عودة نصيب العقيم إلى أصل الغلة .

وإذا كان الواقف قد شرط نصيب العقيم للاخوة والأخوات ، أو لأهل الطبقة ، أو لأقرب الناس إلى المتوفى ولم يزد على ذلك فلا تردد فى تناول كل من يتناوله هذا اللفظ وإن كان الوقف قد انتهى فى نصيبه . أما إذا ضم إلى ذلك اشتراط المشاركة فى الدرجة أو فى الاستحقاق أو فى كونه من أهل الوقف فإنه يجرى فى ذلك كل ما قدمته من القول خاصاً بالطبقة .

إن من المنتظر أن تقع هذه الأحوال ويكثر وقوعها فى الأوقاف القديمة . والحق أن آثار كل من الانتهاء والقسمة كانت تحتاج إلى ضبط وتفصيل ، ولكن حالت دون ذلك الرغبة فى الإسراع بعلاج ما كثرت منه الشكوى .

٣٢٧ — ولو شرط الواقف فى أهل الطبقة ، خاصة كانت أو عامة ، أن يكون التوزيع بينهم بالتفاضل أو أن يختص به أولاد الظهور دون أولاد البطون ، أو أن يقدم الأقرب فالأقرب منهم ، أو أن يختص به طائفة معينة من أهل الطبقة ، كذريته أو معتوقيه البيض ، أو غير ذلك من الشروط المعممة أو المخصصة اتبع الشرط وعمل به ، وقد قدمنا تفصيلا لأكثر هذه الأنواع من الشروط فى مواطن متفرقة . وهذه الشروط قد تكون صريحة لا شبهة فيها ، وقد تكون محل شبهة أدت إلى اختلاف المفتين[1] ، وفى هذه الحال يكون المرجع الآن هو كلام الواقف

(١) قدمت جملة كافية عن تقدم القيد وتوسطه وتأخره نقلا عن الدر ورد المحتار وعن تنقيح الحامدية ، واشرت بوجه عام الى مسألة انسحاب الشرط « ص ٥٨٧ » وصاحب التنقيح قد افاض القول فى هذا بموضوع آخر « حـ ١ / ١٥٠ وما بعدها » . وموضوع الكلام هنا وان كان ذا صلة بذلك الموضوع لكنه ليس هو بعينه ، اذ الكلام هنا فى انسحاب الشرط اذا كان مشروطا فى الأصل على مايعتبر تفصيلا له غير انه لم يصرح باشتراطه فيه . نقل فى تنقيح الحامدية عن خير الدين الرملى انه أفتى فى الخيرية باستحقاق أولاد البنت فى وقف مشروط فيه إعطاء أولاد الظهور ، ولكن شرط فيه قيام ولد من مات مقامه من غير أن يقيد بأنه من أولاد الظهور ، ذهابا منه الى أن هذا الشرط متأخر وهو عام فينسخ ماقبله فى محل هذا الشرط . ن؛ؤه للكلام الاخير على عمومه قول بعدم انسحاب القيد السابق عليه مع ان الكلام الأخير يعتبر تفصيلا للكلام الأول المقيد . وبهذا اخذت المحكمة العليا فى بعض احكامها ، كالحكمين الصادرين فى ١٨٩٨/١٠/٢٠ ، وفى ١٩٠٤/٣/٣١ . وبعض المحاكم اخذ بانسحابه ولم يعط اولاد =

وما يدل عليه فى تقدير القاضى طبقا للمادة العاشرة و إن خالف هذا ما كان متبعاً من قبل .

وقد أتينا على جل مباحث الطبقة التى يكثر ورودها فى كتب الواقفين وكلام الفقهاء والمفتين ولم يبق منها موضع عناية إلا استحقاق فرع من مات من أهل طبقة فى نصيب من يموت منهم بعده .

٣٢٨ — استحقاق فرع من مات مع طبقة أصله :

عرف مما سبق حكم استحقاق الفرع لنصيب أصله ، أصليا وآيلا ، إذا كان موته بعد الاستحقاق ، وحكم استحقاقه لما كان يستحقه إذا كان موته قبل الاستحقاق ، وحكم استحقاقه فيما يرجع إلى غلة الوقف جميعه أو إلى غلة الحصة التى يستحق فيها هذا الفرع . والكلام هنا فى استحقاق فرع من مات قبل الاستحقاق أو بعده فيما يؤل إلى طبقة أصله بمقتضى شرط الواقف . وحكم هذا الاستحقاق بعد العمل بقانون الوقف يعرف بتطبيق الفقرة الأولى من المادة ٣٢ وتطبيق شرط الواقف .

٣٢٩ — نص فى الفقرة المذكورة على أن من مات صرف ما استحقه أو كان يستحقه إلى فرعه . وقد فصلنا القول فى ذلك أثناء شرح المادة المشار إليها

= البنت كالحكم الصادر من محكمة الاسكندرية فى ١٨/٧/١٨٩٨ . وجاء فى التنقيح أيضا انه اذا وقف على أولاده ثم على أولادهم ثم وثم على الفريضة الشرعية للذكر مثل حظ الانثيين وشرط ان من مات عقيما فنصيبه لأهل درجته وزع نصيب هذا العقيم بين أهل طبقته بالتفاضل ، وان ترك الواقف التصريح بذلك ، لانه قد اشترط المفاضلة اولا فى قسمة ريع الوقف على أولاده وأولادهم ، ومن جملة ذلك قسمة نصيب العقيم على اهل درجته فينسحب الشرط عليه وان لم يصرح به ، لان قوله (على ان . . .) تفصيل لما اجمله من قوله (على اولادى . . .) ، واستشهد لذلك بما فى فتاوى ابن حجر ، وبين الفرق بين هذا وبين ما جاء فى فتوى للخير الرملى التى لم يذكر فى حادثتها شرط التفاضل الا بالنسبة للطبقة الاولى وحدها دون بقية الطبقات « حـ١ / ١٤٣ » . ونقل ابن عابدين فى رسالته « الأقوال الواضحة » عن السبكى ما يفيد أن شرط المفاضلة الوارد بأصل الانشاء لا ينسحب على شرط عودة نصيب العقيم الى اهل طبقته ونقل عن السيوطى ما يدل على انسحابه (ص ٦ ، ٧) .

و بينا هنالك أنه لا بد لتحقق ذلك من أن يكون كل من الأصل والفرع موقوفا عليه ، وأن يكون الفرع تاليا لأصله في استحقاق ما وقف عليه ، بحيث لا يحجبه عن الاستحقاق إلا وجود هذا الأصل .

والمقام هنا يحتاج إلى شيء آخر من الإيضاح . وهو أن « ما » في الفقرة المذكورة من صيغ العموم ، فهي شاملة لما استحقه طبقا لصدر الإنشاء ، وهذا هو ما يسمى عادة بالنصيب الأصلي ، وشاملة لما استحقه طبق شرط آخر ، وما استحقه من طريق الرجوع إلى أصل الغلة ، وكل من هذين يطلق عليه عادة اسم النصيب الآيل . وهي شاملة أيضا لكل ما وقف عليه وكان يستحقه لو بقي حيا حتى جاءت نوبة استحقاقه ولكنه مات قبل ذلك ، وسيان أن يكون هذا من الأصلي أو من الآيل . فجميع هذه الأنواع يندرج تحت هذه الكلمة ويتناوله حكم الفقرة المشار إليها . وكذلك كلمة « من » الواردة بها ، فهي من صيغ العموم ولم يرد عليها تخصيص فهي متناولة لمن مات بعد استحقاق كل ما وقف عليه ، ومن مات قبل أن يستحق شيئاً أصلا ، ومن مات بعد أن استحق بعض ماجعل له ، أصليا كان أو آيلا ، وقبل استحقاق البعض الآخر . فالذي استحق والذي كان سيستحق لا يُخَصّ واحد منهما بنوع دون نوع ، ولا ماثبت من طريق دون آخر . والميت قد يكون في وقت واحد ميتا بعد الاستحقاق وميتا قبله بالنظر إلى أكثر من نوع من أنواع الاستحقاق .

فإذا كان الواقف قد شرط نصيب من يموت لطبقته في بعض الأحوال ، ومات من ينطبق هذا الشرط على نصيبه ، وكان واحد من أهل هذه الطبقة قد مات قبله وله فرع ، فإن استحقاق فرعه في هذا النصيب وعدم استحقاقه يكون المدار فيهما على ما يدل عليه كلام الوقف إنشاء شروطا . فإن دل كلامه على أن أصل هذا الفرع ممن وقف عليهم هذا النصيب وأنه يكون لفرعه من بعده ، كان هذا الفرع مستحقا فيه طبقا للفقرة الأولى من المادة ٣٢ فهو لا يستحقه لأنه من أهل هذه الطبقة مجازا ، ولا بوصف كونه في درجة الميت الجعلية ، ولا لأنه ممن وقف

عليهم هذا النصيب بعد موت صاحبه مباشرة ، وإنما يستحق فيه لأنه موقوف على أصله ثم عليه من بعده ، وقد مات أصله قبل أن تأتي نوبة استحقاقه فيه فيستحق فيه هو متى جاءت هذه النوبة له . أما إذا لم يكن هو ولا أصله ممن وقف عليهم هذا النصيب بمقتضى كلام الواقف ، أو كان أصله منهم ولكنه هو لا يكون تاليا له فى استحقاق ما كان يستحقه فيه ، لم ينتقل إليه شىء من هذا النصيب ولا يكون هناك محل لتطبيق الفقرة المشار إليها فى هذه الحال . وإذا لم يكن أصله منهم ولكن الواقف جعله هو مشاركا لهم استحق القدر الذى جعله الواقف له. هذا هو الحكم الذى يجب أن يتبع فى هذا النصيب طبقا لأحكام القانون وكلام الواقف.

٣٣٠ — فإذا شرط الواقف نصيب مستحق لطبقته ، أو لأهل طبقته ، أو لمن يكون فى طبقته ، أو لمن فى طبقته ، أو أتى بأشباه هذه العبارات التى لا تدل على أن الواقف قد أراد خصوص الموجودين عند موته ، كان هذا النصيب موقوفا على جميع هذه الطبقة ، ويستوى فى ذلك من يكون قد مات منهم قبله ومن يكون موجودا حين موته ومن يوجد بعد ذلك ، ويكون من مات منهم قبله ممن وقف عليهم هذا النصيب ، ويصدق عليه بالنسبة له أنه مات قبل الاستحقاق ويطبق على سهمه فيه ما يطبق من الأحكام على سهم من مات قبل الاستحقاق بوجه عام ، والوقف على الطبقة فى هذا كالوقف على الأولاد والذرية أو الأخوات أو الأقارب أو العتقاء أو الأتباع وذريتهم كما بينت ذلك من قبل .

أما إذا كان قد شرطه لمن يوجد من طبقته ، أو للموجودين منهم حين موته أو للمشاركين له فى الدرجة والاستحقاق ، أو أورد شرطه بنظير هذه العبارات التى لا تتناول من مات قبل صاحب النصيب ، فإنه لا يكون ممن وقف عليهم ، إذ الواقف إنما وقفه على جماعة موصوفة بوصف ظهر بموته قبل موت صاحبه أنه لم يتحقق فيه ، وهو فى هذا كمن وقف على زوجته فلانة إن مات وهى فى عصمته فيطلقها أو تموت قبل موته ، وكمن وقف على فقراء قرابته فيستغنى فقيرهم ويفتقر غنيهم ، إلى غير ذلك من النظائر ، فهو موقوف عليه فى حال دون حال وتبين

حقيقة الأمر لا يمكن أن يكون حين الوقف ، وإنما يظهر بموته قبل صاحب النصيب ، وفى هذه الحال لايكون من الموقوف عليهم، أو بموت صاحب النصيب قبله ، و إذ ذاك يتبين أنه موقوف عليه .

٣٣١ — ودلالة كلام الواقف على ما يتعلق بالفرع تختلف باختلاف نوع الترتيب بين الطبقات واختلاف صيغ الشرط الخاص بقيامه مقام أصله .

فإن كان الترتيب بين الطبقات ترتيباً افرادياً فى نظر هـذا القانون ، وكان الشرط الخاص عما يؤول إلى الطبقة متناولا لمن يموت قبل أن يؤل هذا إلى الطبقة ، كان فرعه ممن وقف عليهم هذا النصيب بأصل الإنشاء ، شرط الواقف قيام الفرع مقام أصله إذا مات قبل الاستحقاق أو بعده ، أو شرط أحد الأمرين لاغير ، أو لم يشترط واحداً منهما . وذلك لأن طبيعة الترتيب الافرادى تقضى بأن كل ماهو موقوف على الأصل يكون موقوفا على فرعه ، وسيان أن يكون وقف ذلك عليه بصدر الإنشاء وحده أو به و بشرط آخر تفصيلى ، وسيان أن يموت الأصل بعد استحقاق ذلك كله ، أو بعد استحقاقه لبعضـه وقبل استحقاق البعض الآخر ، أو قبل استحقاق شيء منه . وليس اشتراط قيام الفرع مقام أصله ، بعد الاستحقاق أو قبله فى حالة الترتيب الافرادى ، إلا تأكيداً لما يدل عليه صدر الإنشاء وترتيب الطبقات الوارد به ودفعاً لبعض التوهمات ولا ينشىء حكما جديداً حتى أنه إذا انعدم هذان الشرطان أو أحدهما فإن الحكم لايتغير .

فإذا وقف على نفسه ثم على أولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات ، وكان الترتيب بينها ترتيباً إفرادياً ، وشرط أن من مات ولا ذرية له كان نصيبه لمن فى طبقته وذوى درجته ، ومات مستحق لاذرية له وآل نصيبه لطبقته الخاصة أو العامة حسب الأحوال ، وكان من أهل هذه الطبقة من مات قبل صاحب هذا النصيب ، مات قبل الاستحقاق أو بعده ، وكان له فرع يليه فى الاستحقاق ، استحق هذا الفرع فيما آل إلى هذه الطبقة ما كان يستحقه أصله لو كان موجوداً حين موت صاحب هـذا النصيب وإن لم يشرط الواقف أى شرط يتعلق بولد من يموت ،

أو اشترط مايتعلق بولد من مات بعد الاستحقاق أو بولد من مات قبل الاستحقاق بأية صيغة . ولا فرق بين وقف نصيب العقيم من بعده على ذوى درجته فى وقف رتب الاستحقاق فيه كله ترتيباً افرادياً بصدر الإنشاء و بين وقف الشخص على نفسه ثم على أولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات ترتيباً أفرادياً و يموت أحد أولاده فى حياته ثم يموت هو عن بقية أولاده وفرع من مات قبله ، أى أنه لا فرق بين الاستحقاق الأصلى والاستحقاق الآيل .

٣٣٢ — و إذا كان الترتيب بين الطبقات جميعها ترتيب جملة على جملة بنص صريح فى كتاب الوقف الذى شرط فيه عودة نصيب العقيم إلى طبقته ، واستحقاق فرع من مات بعد الاستحقاق ما استحقه الأصل، ولم يشترط فيه شىء خاص بولد من مات قبل الاستحقاق ، لم يستحق فرع من مات قبل العقيم شيئاً فى نصيبه ، مات هذا الأصل بعد الاستحقاق فى الوقف أو قبله ، لأن استحقاق من عدا أهل الطبقة العليا فى الوقف المرتب ترتيباً جملياً لا يكون إلا بشرط استثنائى خاص، وليس الفرع تالياً لأصله فى الاستحقاق و إنما هو تال لطبقة أصله جميعها ، وليس كل ما كان موقوفاً على الأصل يكون موقوفاً على فرعه بل الموقوف على هذا هو مايصيبه بعد انقراض الطبقة التى فوق طبقته وتوزيع الاستحقاق على رءوس طبقته ، فطبيعة الترتيب الجملى غير طبيعة الترتيب الافرادى فى كل هذا .

٣٣٣ — ولو كان الترتيب فى الوقف جملياً ، واشترط فيه ماذكرت من قبل، واشترط فيه مع ذلك أيضاً أن من مات قبل الاستحقاق قام فرعه مقامه واستحق ما كان أصله يستحقه ، استحق فى نصيب العقيم فرع من مات قبله من أهل طبقته ، سواء أكان موته قبل الاستحقاق فى الوقف أم بعده : و يثبت له الاستحقاق بمقتضى هذا الشرط ، إذ المعنى فيه أن من يموت قبل استحقاق أى سهم جعل له فى غلة الوقف ، و إن كان قد استحق غيره ، يستحق فرعه السهم الذى مات قبل استحقاقه، وليس هذا الشرط خاصاً بولد من يموت قبل أن يثبت له شىء من الاستحقاق . والمعنى الذى ذكرنا مما يصلح له اللفظ ، وهو الأقرب إلى أغراض

الواقفين فإنهم يرمون فى الأعم الأغلب إلى أن يصل إلى الفرع كل مافات أصله، وهو الذى يتفق مع أحكام المادة ٣٢ ومع روح قانون الوقف بوجه عام. فَكُلٌّ مِنْ ولد من مات قبل الاستحقاق فى الوقف وولد من مات بعده يصدق عليه أنه ولد من مات قبل الاستحقاق بالنظر لنصيب هذا العقيم، والشرط متناول لكل منهما فيستحق فيه ما كان يستحقه أصله، وليس استحقاق كل منهما فى هذه الحال لأنه صار من طبقة أصله واتصف بهذا الوصف حقيقة أو مجازاً، بل لأن أصله من هذه الطبقة وممن وقف عليهم هذا النصيب لتحقق الوصف فيه وقد مات قبل أن يستحق سهمه منه فيكون استحقاقه لفرعه بمقتضى شرط الواقف فى ولد من مات قبل الاستحقاق الذى جعل له ما وقف على أصله ومات قبل استحقاقه من غير نظر إلى هذا الوصف الذى لامدخل له فى ثبوت الاستحقاق لهذا الفرع.

٣٣٤ — ولو أن وضع المسألة كان كما هو، سوى أن الواقف قال فى الشرط الأخير: على أن من مات قبل الاستحقاق فى هذا الوقف، أو قبل دخوله فى هذا الوقف واستحقاقه لشىء من منافعه، استحق ولده ما كان يستحقه، استحق فى هذا النصيب فرع من مات قبل استحقاقه لأى شىء فى الوقف، لأن أصله ممن وقف عليهم هذا النصيب بمقتضى الشرط الخاص به، كما أن الشرط الأخير يتناوله هو، فيثبت له كل ماوقف على أصله ومات قبل استحقاقه، كان وقفه عليه بأصل الإنشاء أو كان بمقتضى هذا الشرط. أما ولد من مات بعد استحقاق أى شىء فى الوقف وقبل موت العقيم فإنه لايستحق شيئاً فى نصيبه، وإن كان وقف هذا النصيب على الطبقة يشمل أصله، لأن الشرط الأخير لايتناوله هو، ومتى كان الترتيب جملياً فلا استحقاق لبطن أنزل مع بطن أعلى إلا بالشرط. وفى هذه الحال يلحق الغبن ولد من مات بعد الاستحقاق ويكون أقل حظاً من الآخر، ولكن هذا هو مااقتضاه صريح الشرط فلا حيلة. ومن التعسف أن نذهب إلى حرمان ولد من مات قبل الاستحقاق من هذا النصيب، مع أن التطبيق الصحيح لشروط الوقف يقضى باستحقاقه، دون أن تكون هناك حجة لهذا إلا أن إعطاءه يجعله

أحسن حظاً من ولد من مات بعد الاستحقاق ، كما نقل ذلك ابن عابدين عمن قال عنه أنه بعض المحققين ، على أن القول بحرمانه من هذا يفضى فى كثير من الأحيان إلى غبن أشـد يلحق به ، إذ ليس من النادر أن تؤل أنصبة كثير من المستحقين لمن بقى من أهل طبقتهم وينتقل استحقاق هؤلاء ، أصلياً وآيلا ، لفروعهم فى حين أن ولد من مات قبل الاستحقاق لا يتناول سوى نصيبه الأصلى .

٣٣٥ — ولو كان الوضع هو ماسبق سوى أن الواقف لم يشترط شيئاً يتعلق بولد من مات بعد الاستحقاق ، كان الحكم فى استحقاق ولد من مات بعد الاستحقاق وولد من مات قبله هو ما بينته فى النبذتين السابقتين فى مختلف الأحوال والصيغ ، والغبن الذى يلحق ولد من مات بعد الاستحقاق هنا يكون أشد ، فهو فى بعض الصور لا يتناول شيئاً أصلا وفى البعض الآخر لا يتناول إلا ما كان يؤول إلى أصله ، بينما الآخر يتناول كل ما كان أصله سيستحقه أصلياً كان أو آيلا . ولكن لا منشأ لهذا إلا العمل بشروط الواقف الصريحة .

٣٣٦ — ولو أن الواقف شرط نصيب العقيم لمن فى درجته على وجـه لا يتناول من مات قبله ، ولكنه ضم إلى هذا الشرط قوله : مع مشاركة ولد من مات قبل هذا العقيم للباقين من أهل هـذه الطبقة بقدر ما كان يستحقه أصله ، أو قال فى الشرط الخاص بولد من مات : أنه يقوم مقام أصله ويشارك طبقته فى كل مايؤول إليهم من الاستحقاق ، أو يشاركهم فيما يستحقون أصلياً وآيلا ، أو نص على أنه يقوم مقامه فى الدرجـة ، استحق ولد من مات قبل الاستحقاق أو بعده فى نصيب هذا العقيم . ولكنه لا يستحق هـذا طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٢ ، لأن أصله لم يوقف عليه شىء من هذا النصيب ، ولكنه يستحقه لكونه من الموقوف عليهم بعد العقيم مباشرة وصار مشاركا لهم فى الطبقة بالنسبة لهذا النصيب بمقتضى شرط الواقف . وهذه هى الحالة التى يمكن أن يقال أن فيها درجة جعلية .

والحق أننى لا أفهم معنى لتقسيم الطبقات إلى حقيقية وإلى مجازية أو جعلية ،

الأمر الذى أولع به ابن عابدين ومن نحا نحوه ، فالطبقات فى الأوقاف طبقات استحقاق ، وليس من شرط الطبقة الاستحقاقية أن تكون من بطن واحد حتى ولا أن يكون بين أهلها قرابة ، والوضع فى الطبقات يكون دائماً بجعل من الواقف إما بأصل الترتيب وإما بشرط خاص ، ولا مانع من أن يكون للموقوف عليه الواحد أكثر من طبقة فى وقف واحد ، كمن وقف على نفسه ثم على أولاده وعلى ولد لأحدهم ثم من بعد كل منهم فعلى أولاده ... إلخ ، فولد الولد هـذا يكون من الطبقة الأولى بالنسبة لما يصيبه مما جعل لها ، وهو من الطبقة الثانية بالنسبة لما يصيبه من سهم والده . اللهم إلا إذا نص الواقف على خلاف ذلك كما حصـل فى بعض كتب الأوقاف فقد جعل الواقف ابن ابنه الذى مات موقوفاً عليه مع أعمامه ولكنه نص صراحة على أنه لا يعتبر من طبقة أعمامه .

وإذا كان للموقوف عليه أكثر من طبقة ، إما بسبب تعدد أصوله واختلاف طبقاتهم أو لأى سبب آخر ، صح أن نسمى كلا منهما طبقـة جعلية نظراً لأن وضعه فيها كان بجعل من الواقف ، كما يصح أن نسمى كلا منها طبقة حقيقية نظراً إلى خصوص الاستحقاق الذى وقع فيه هـذا الترتيب وإلى أن الطبقات طبقات استحقاقية لا طبقات بطون وأنساب . أما أن نسمى الطبقة التى وضع فيها بشرط خاص بسهم معين من الاستحقاق طبقة جعلية أو مجازية ونسمى غيرها طبقة حقيقية فإن ذلك يكون تفرقة لا مبرر لها من الفقه ولا من الفهم الصحيح ولو أن من قال بهذه التفرقة لم يعمد إليها إلا لمجرد التنويع لهان الأمر ، ولكنه قد رتب عليها إعطاء وحرماناً وإخراجاً لمن تتناوله الطبقة فى ترتيب الاستحقاق بالنسبة لسهم معين من الاستحقاق لا لسبب سوى هذه التفرقة التى لا أساس لها .

فإذا اقتصر الواقف فى الحالة الواردة هنا على الشرط الخاص بولد من مات قبل الاستحقاق أو الخاص بولد من مات بعده لا يكون للآخر اسـتحقاق فى نصيب العقيم الذى مات بعد أصله ، لأن كلا منهما لو استحق فى هـذه الصورة إنما يكون استحقاقه بنفسه ابتداء لأنه من الطبقة التى تلى العقيم فى استحقاق هذا

النصيب وليس استحقاقه ناشئاً عن أنه يستحق ما كان أصله يستحقه وأنه كان طبقة سابقة عليه فى استحقاق هذا النصيب .

وجميع الأحكام التى بنيتها فى هذه الحالة يستوى فيها ما إذا كان الترتيب أفرادياً أو كان جملياً . ووجه ذلك صار فى غاية الوضوح .

٣٣٧ — وإذا كان الترتيب بين بعض الطبقات أفرادياً وبين البعض الآخر جملياً كان لكل حالة ما يلائمها من الأحكام فى جميع الصور طبقاً لما أسلفته من شتى الصور والأحكام .

٣٣٨ — وكل الأحكام السابقة تجرى أيضاً فيما لو شرط الواقف عودة نصيب العقيم إلى الأخوة والأخوات ، أو إلى الطبقة العليا أو إلى أقرب الطبقات أو إلى الأقارب أو إلى العصبة أو إلى ذوى الأرحام أو إلى العتقاء أو إلى غير هؤلاء من الجماعات . ولا فرق بين أن يجعل الواقف نصيب العقيم لهم من بعده وبين ما إذا وقف وقفه على نفسه ثم من بعده على جماعة من هذه الجماعات أو عليها مرتبة . والتفرقة بين الترتيب فى استحقاق جميع الوقف أو فى حصة من أعيانه أو سهامه وبين ترتيب الاستحقاق فى نصيب العقيم لا تكون إلا تحكما محضاً (١) .

---

(١) مسألة استحقاق ولد من مات فيما يؤل الى طبقة اصله او الى اخوته بعد موته بمقتضى شرط الواقف مسألة قديمة وكثيرة الوقوع . وقد ذكر الامام السبكى الشافعى ان الكلام فيها والبحث عن النصوص الفقهية الخاصة بها وقع فى الشام وفى مصر قبل سنة ٦٩٠ . وقد كثر فيها الجدل واختلفت الأفهام والفت الرسائل وتناقضت الاحكام . وآراء من تكلموا فى هذا الموضوع من متاخرى الحنفية لا يمكن ان تعتبر أقوالا فى مذهبهم .

وقد نقل ابن نجيم فى الأشباه عن السيوطى ان السبكى قد عرض عليه وقف جعله واقفه على نفسه ثم على أولادهم ونسله وعقبه ذكرا وانثى للذكر مثل حظ الانثيين ، على أن من توفى منهم عن ولد أو نسل عاد ماكان جاريا عليه من ذلك على ولده ثم على ولد ولده ثم على نسله على الفريضة الشرعية ، وعلى ان من توفى عن غير نسل عاد ما كان جاريا عليه على من فى درجته من اهل الوقف المذكور يقدم الأقرب اليه فالأقرب ويستوى الأخ الشقيق والأخ لأب ، ومن مات من اهل الوقف قبل استحقاقه لشىء من منافع الوقف وترك ولداً او أسفل منه استحق ما كان يستحقه المتوفى

٣٣٩ — أقرب الطبقات :

وإذا شرط الواقف نصيب مستحق لأقرب الطبقات إليه كان ذلك شاملا لنفس طبقته لأنها أقرب إليه من غيرها ، والعمل القضائى مستقر على هذا . فإذا كان فى طبقته أحد اختصت هذه الطبقة بنصيبه ، وإن لم يكن فيها أحد حين موته نظر إلى أقرب الطبقات إلى طبقته من الناحيتين العليا والسفلى . وإذ ذاك قد يكون الأقرب طبقة واحدة ، وقد يكون طبقتين من الناحيتين .

= لو بقى حيا الى ان يصير اليه شىء من منافع الوقف المذكور وقام ولده فى الاستحقاق مقام المتوفى . وان السبكى ذهب فى هذا الوقف إلى أن ولد من مات قبل الاستحقاق أصلا لا يستحق فى هذا الوقف شيئا قبل ان يثبت الاستحقاق لطبقته ، والى ان الشرط الأخير لا ينطبق عليه لأنه خاص بولد من مات من اهل الوقف ، ووالده ليس منهم ، لأن الموقوف عليه ، فيما يفهم السبكى ، هو من سماه الواقف وقصده وعينه بذاته لا بوصف يتناوله هو وغيره ، وأهل الوقف هو من ثبت له الاستحقاق فعلا ، فمن مات قبل استحقاق شىء لا يكون من اهل الوقف ولا يكون موقوفا عليه اذا لم يكن معينا باسمه . وقال السبكى خلال توجيه رأيه وبيان الحالة التى يمكن ان تكون فيها فائدة للشرط الخاص بولد من مات قبل الاستحقاق ما نصه : «لأنه لم يقل قبل استحقاقه وانما قال قبل استحقاقه لشىء ، فيجوز ان يكون قد استحق شيئا صار به من اهل الوقف ، ويترتب استحقاق آخر فيموت قبله ، فنص الواقف على ان ولده يقوم مقامه فى ذلك الشىء الذى لم يصل اليه» . فكلام السبكى واضح اتم الوضوح فى انه متى كان هذا الشرط متحققا استحق الفرع فيما يؤل لطبقة اصله بعد موته ويكون استحقاقه بقدر ما يستحق هذا الأصل لو بقى حيا ، وان استحقاق الفرع لهذا لم يكن لأنه قد صار من طبقة اصله بجعل الواقف بل لكون هذا الأصل ممن وقف عليهم هذا النصيب ومات قبل أن يستحق فيه فيعطى ما كان يستحقه لفرعه طبقا للشرط . وكون هذا الفرع يعتبر من الطبقة أو لا يعتبر منها لامدخل له فى الاستحقاق أو عدمه . ونقل ابن نجيم أيضا ان السيوطى خالف السبكى فى معنى الموقوف عليه ومعنى اهل الوقف وفيما افتى به فى الحادثة التى عرضت عليه ، وقال ان من مات قبل الاستحقاق لشىء يكون من اهل الوقف ويسمى موقوفا عليه وان لم يعينه الواقف باسمه ، ويستحق فرعه كل ما كان سيستحقه لو بقى حيا ، ومن ذلك ما يئول الى طبقته بعد موته . فالسبكى والسيوطى الشافعيان لم يختلفا فى استحقاق ولد من مات فيما يؤل الى طبقته بعد موته متى كان الشرط منطبقا عليه ، ولم يختلفا أيضا فيما يتعلق بشىء اسمه درجة جعلية وانما اختلفا فى مفهوم بعض الألفاظ الواردة بشرط خاص =

وإذا كان صاحب هذا النصيب يستحقه فى طبقتين اعتبر استحقاقه فى كل طبقة نصيباً مستقلا واستحقه أقرب الطبقات إلى الطبقة التى كان يستحقه فيها .

وربما أوهمت عبارة الفقرة الثانية من المادة ٣٣ أن أقرب الطبقات فى كلام الواقفين يحمل على طبقة المستحق خاصة ولا يتناول غيرها من الطبقات لقولها فى جواب الشرط «كان نصيبه لمن يكون فى طبقته» مكتفية بذلك معرضة عن ذكر أقرب الطبقات إليه فى الجواب مع أنه قد ذكر فى الشرط . ولكن هذا الاكتفاء ليس

= وفى انطباق هذا الشرط وعدم انطباقه فى حادثة معينة. هذا هو مبلغ اختلافهما ومنه يظهر أن ما قرره ابن عابدين فى رسالته «الأقوال الواضحة» من انهما مختلفان فى أصل الحكم ، وان السبكى لا يعتبر ما سماه ابن عابدين «الدرجة الجعلية» ، ولا يعطى فرع الأصل مما آل بعد موته لطبقته ، وأن السيوطى يعتبر «الدرجة الجعلية» ويعطى الفرع من هذا الآيل ، منه يظهر أن هذا التصوير غير صحيح ، لأنهما لا يختلفان فى أصل الحكم وهو استحقاق الفرع فيما يؤول الى طبقة اصله ومات قبل استحقاقه متى كان الأصل ممن وقف عليهم ووجد شرط الاستحقاق الخاص بولد من يموت قبل الاستحقاق ، كما انهما لم ينظرا الى وصف الطبقة ، جعلية أو غير جعلية ، ولم يجعلا له دخلا فى الحكم . وابن نجيم قد وافق السيوطى فيما ذهب اليه من معنى اهل الوقف ومعنى الموقوف عليه .

ونقل ابن نجيم عن السيوطى ايضا انه عرض على السبكى وقف على رجل معين باسمه ثم على أولاده ثم على أولادهم وشرط فيه أن من مات انتقل نصيبه الى الباقين من اخوته وأن من مات قبل استحقاقه لشىء من منافع الوقف وله ولد استحق ولده ما كان يستحقه المتوفى لو كان حيا ، وأن السبكى قال ان استحقاق ولد من مات قبل الاستحقاق فيما يؤول الى أخوته بشرط الواقف فيه احتمالان ؛ أحدهما انه يشارك فى ذلك ، والآخر أنه لايشارك وهو الأرجح فى نظره للتنصيص على الأخوة وعلى الباقى منهم ، وهذا التنصيص كالخاص ، وقوله على أن من مات قبل الاستحقاق كالعام فيقدم الخاص على العام . وقول السبكى واضح اتم الوضوح فى ان ولد من مات لايدخل بنفسه فى هذا النصيب بمقتضى الشرط الاول للنص على الأخوة وهو ليس منهم ولا من طريق والده بمقتضى الشرط الثانى لان والده ليس ممن وقف عليهم هذا النصيب لان الواقف انما جعله للباقين حين موت صاحبه ، ولكن هناك احتمال آخر وهو ان يكون هذا الولد موقوفا عليه بنفسه مع اعمامه بعموم الشرط الثانى وهو احتمال ضعيف كما ان النص الخاص مرجح على النص العام عند الشافعية . ونقل ابن عابدين فى رسالته المذكورة أن طائفة من علماء المذاهب الأربعة قد تابعوا السبكى فى ذلك وقالوا بعدم الاستحقاق ، وأن الشيخ عليا المقدسى =

إلا محض إيجاز لا ضرر من ورائه لوضوح المعنى المقصود وهو بيان معنى الطبقة سواء أكان ذلك فى اشتراط النصيب لطبقته أو لأقرب طبقة إليه . والفقرة لم تسق إلا لهذا ولا حكم لها فيما عداه مما يتعلق بالطبقة وهذا واضح أتم الوضوح من سياقها ومما ورد عنها بالمذكرة التفسيرية .

ومما يجب التنبه له أيضاً أن كلمة « يكون » الواردة فى جواب الشرط المذكور هى من « كان » الناقصة لا من التامة التى بمعنى وجد فهى فيه للربط فقط

= حقق فى رسالة له مشاركة ولد الأخ لقيامه مقامه لأن الخاص لايقدم على العام عند الحنفية ، ولفظ « من » عام ، ولفظ « مقام » نكرة مضافة تفيد العموم ، ونقل القول بالاستحقاق عن طائفة من اعيان العلماء . وواضح مما جاء بالرسالة ان المقدسى ومن معه لم ينازعوا فى ان الشرط الخاص بنصيب العقيم لايقتضى دخول من مات قبله لاهو ولا ولده فى هذا النصيب وانهم اعتمدوا على الشرط الخاص بولد من مات قبل الاستحقاق وانهم يرون أن المراد منه أن يستحق ولده بقدر ما كان يستحقه هو لو كان موقوفا عليه وكان حيا بعد موت العقيم فهم توسعوا فى معنى هذا الشرط وجعلوه فى جميع الأحوال دالا على استحقاق هذا الولد لانه اما أن يكون ممن وقف عليهم هذا النصيب ولكن بعد اصله واما ان يكون منهم عقب موت العقيم مباشرة وبدون واسطة اصله اذا لم يكن الشرط متناولا لهذا الأصل . وواضح ايضا انه ماكان من الممكن أن يكون بينهم نزاع فى هذه الحادثة لو أن الشرط الأول كان متناولا لهذا الأصل . أو أن الشرط الثانى دل على ان الفرع ممن وقف عليهم هذا النصيب بدون معارض . اما قصة « الدرجة او الأخوة الجعلية » هذه فان احدا منهم لم يتجه اليها ولم يبن حكما عليها .

ونقل ابن عابدين فى الرسالة المذكورة عن شرح الاقناع الحنبلى أن الواقف لو اشترط أن من مات قبل دخوله فى الوقف عن ولد وان سفل وآل الحال فى الوقف الى انه لو كان المتوفى موجودا لدخل قام ولده مقامه فى ذلك وان سفل او استحق ما كان أصله يستحقه من ذلك أن لو كان موجودا ، استحق فرع من مات قبل الاستحقاق ماكان يستحقه اصليا ولا يستحق فيما يؤول بعد موته ، وأن ممن افتى بعدم الاستحقاق الشهاوى الحنفى ، والطبلاوى الشافعى ، والبهوتى الحنبلى ، وغيرهم . وأن شارح الاقناع اورد توجيها لهذا الراى قال فيه انه لايمكن اقامة الولد مقام اصله فى الوصف الذى هو الأخوة حقيقة ، بل مجازا ، والأصل حمل اللفظ على حقيقته ، وأن فى الأخذ بهذا الراى جمعا بين الشرطين وعملا بكل منهما فى محله وذلك اولى من الغاء احدهما . وقد ناقش ابن عابدين هذا التوجيه وقال فى هذه المناقشة ان هذا الكلام انما يتجه اذا كان =

ولا فرق بين هذه العبارة وبين قولنا « لمن فى طبقته » ، وهما فى المعنى سواء. أما إذا كانت من التامة فإن العبارة تكون مثل قولنا «لمن يوجد» ويختلف المعنى اختلافاً بيناً . ولو أن « يكون » هذه لم توجد فى جواب الشرط لكان ذلك خيراً وأبعد عن الاحتمالات .

٣٤٠ — سريان أحكام هذه المادة :

طبقاً لنص المادة ٥٦ تسرى أحكام المادة ٣٣ على الأوقاف التى تصدر بعد

= شرط الواقف «على أن من مات عن غير ولد عاد نصيبه لأخوته » فاذ ذاك يمكن القول بأن ذا الدرجة الجعلية لا يقوم مقام اصله فى وصف الأخوة حقيقة، ولكنه لا يتجه اذا كان الشرط عودة النصيب الى من فى الطبقة ، لان الواقف أقامه فى درجة أبيه فيعود إليه مايعود إليها ، على أنه يمكن أن يقال فى الأخوة مايقال فى الطبقة وانه اقام الفرع مقام أصله فى وصف الأخوة ، كما ان ابن الابن اذا استحق بالشرط مع عمه كان استحقاقه بوصف البنوة لأن الواقف انزله منزلة أبيه . ونقل ابن عابدين عن بعض المحققين تأييد القول بعدم المشاركة لوجوه تدور حول الاشتراك فى الوصف ، ثم قال ان الشرنبلالى الف رسالة ذهب فيها الى ما ذهب اليه المقدسى من المشاركة ، ونقل فيها عبارات من افتوا بعدم المشاركة فى مسألة شرح الاقناع ورد عليهم . وعندى أن كلام شارح الاقناع هو الذى ساق ابن عابدين ومن أسماه بعض المحققين الى ما انساقا اليه فى مسألة المشاركة فى الوصف ، وهو كلام غير سليم فليست المسألة مسألة اتصاف الفرع بوصف الطبقة او الأخوة او البنوة ولا ان ذلك هو مناط استحقاقه حتى يبحث عن اتصافه به حقيقة او مجازا كما توهموا، وانما المسألة مسألة مشاركتهم لهم فى الاستحقاق اما لان والده من الطبقة او من الأخوة او من الأبناء وقد جعل له الواقف ما كان يستحقه من بعده وأما لان والده ليس منهم ولا يتناوله شرطه الاول ولكن الواقف جعله مستحقا مع أهل الطبقة او مع الأخوة او مع الابناء وان لم يكن منهم لا حقيقة ولا مجازا ، أما اذا لم يكن هذا ولا ذاك فلا سبيل الى القول باستحقاقه . فهذا الوصف الذى اكثروا القول فيه ليس مناطا ولا مدخل له فى الاستحقاق . وقال ابن عابدين ايضا فى هذه الرسالة : والذى عليه جمهور العلماء من اهل الافتاء قيام ولد من مات قبل والده فى الاستحقاق من جده . واما دخوله فى الاستحقاق مع عمه ونحوه ممن هو فى درجة والده المتوفى قبل الاستحقاق فقد وقع فيه معترك عظيم بين العلماء ، فقال جماعة بدخوله فى الموضعين ، منهم الجلال السيوطى كما علمت ، ومال السبكى فى سؤال آخر الى عدم دخوله فى الثانى .

هذا ما لخص به ابن عابدين هذا الموضوع وفيه ما فيه . أما مانسبه الى السبكى والسيوطى فقد عرفت حقيقة أمره . والمعترك العظيم لم =

العمل بهذا القانون وعلى الأوقاف التى صدرت قبل ذلك فى الحوادث السابقة واللاحقة على حد سواء .

فإذا مات مستحق قبل العمل بالقانون ولم يكن له فرع يليه فى الاستحقاق واعتبر نصيبه منقطعا طبقا لما كان عليه العمل ، وهو مذهب أبى حنيفة ، وصرف هذا النصيب مصرف الوقف المنقطع ، تغير الحكم فى استحقاقه وعاد بقوة القانون إلى غلة الحصة التى كان يستحق فيها صاحبه وصارحقا لمستحقيها ، ولكن ليس لهم أن يطالبوا بهذا الاستحقاق إلا فى الغلات التى تحدث بعد العمل بالقانون ولا حق لهم فيما حدث قبل ذلك من الغلات طبقا للمادة ٥٩ لأن هذا الاستحقاق لم يثبت لهم إلا بمقتضى أحكام هذا القانون .

وإذا مات هذا المستحق قبل العمل بهذا القانون ، وكان نصيبه إذ ذاك يعتبر مسكوتا عنه ، وعمل فيه بالرأى القائل بعودته إلى أصل غلة الوقف جميعه وصرف على هذا الوجه ، عدل عن ذلك ورجع هذا النصيب بقوة القانون إلى غلة الحصة التى كان يستحق فيها صاحبه وصرف لمستحقيها خاصة ، ويثبت لهم هذا الاستحقاق من وقت الحادثة وهو موت صاحبه ، ولهم أن يطالبوا بالغلات التى حدثت من وقت موته إلى وقت العمل بالقانون ، لأن الغلة التى يرجع اليها كانت محل اختلاف ولم يكن الاختلاف فى ذلك إلا اختلاف أفهام وآراء ، وكل ذى رأى يرى أن

= يكن بشأن تقرير قاعدة عامة ولا ما يؤدى اليها وانما وقع فى فهم كلام خاص لبعض الواقفين .

اما المشاركة اذا تناول الشرط الأول الأصل أو دل الشرط الثانى على ارادة الوقف على الفرع وان لم يكن اصله موقوفا عليه بمقتضى الشرط الأول ، وعدم المشاركة اذا انتفى الأمران ، فلست ارى شيئا من ذلك محل نزاع لأحد اذا استثنينا شارح الاقناع ومن لف لفه فى الجدل والمناقشة وهؤلاء هم مصدر فكرة المشاركة فى الوصف والدرجة الجعلية وطريقتهم واضحة الخلل .

وحتى الآن لم اقف لأحد على كلام خاص فى هذه المسألة اذا كان الترتيب افراديا .

« الأشباه حـ ١٧١/١ ــ ١٧٥ ، رسائل ابن عابدين حـ ٢/٢ ــ ١٨

هذا مجمل ما ورد فى كتب الفقهاء عن هذه المسألة . اما تطبيق احكام قانون الوقف على مختلف الشروط فقد اوردته فى الأصل .

مافهمه واستنبطه هو الذى يؤخذ من مذهب أبى حنيفة ويطابقه وهو الذى يجب العمل به ، ولكن المختلفين لم تبلغ مرتبتهم إلى حد أن يعتبر رأى أحدهم قولا راجحا فى هذا المذهب ولا أن تعتبر آراؤهم أقوالا فيه فكلهم مقلدون عاديون ليسوا من مجتهدى المذهب ولا من أهل التخريج . فالقانون باختيار أحد هذه الأفهام لم يعدل عن حكم كان يجب العمل به إلى غيره ، ولم يثبت بذلك لأهل الحصة الخاصة استحقاقا لم يكن ثابتا لهم وكل ماصنعه بهذا أنه رفع الاشتباه وقضى على الاختلاف وأكد قدراً من الاستحقاق كان مختلفا فيه . ولا يمنع من المطالبة بالاستحقاق فى الغلات السابقة طبقا للمادة ٥٩ إلا من ثبت له استحقاق فى غلة الوقف أو زاد استحقاقه فيها بناء على تطبيق أحكام هذا القانون. ورفع الاشتباه والاختلاف فى الاستحقاق وتأكيد الحق فيه أمر آخر غير ثبوته . وهذا الحكم بالنص التفسيرى أشبه منه بالنص الانشائى .

٣٤١ — وإذا كانت الطبقة فى كلام الواقف قد حملت على غير الطبقة من الحصة التى كان يستحق فيها ، تغير هذا بحكم القانون وحملت على هذه الطبقة وصار هذا النصيب حقاً خالصاً لأهلها دون سواهم ، وكان لهم أن يطالبوا باستحقاقهم فى الغلات السابقة من وقت الموت إلى حين العمل بهذا القانون أيضا للمعنى الذى ذكرته آنفا .

٣٤٢ — ومن البين أن أحكام هذه المادة لا تطبق فى الأوقاف التى كانت تنقض فيها قسمة الريع بانقراض الطبقات إلا على نصيب من مات بعد آخر نقض لها قبل العمل بالقانون ، ولا تطبق على نصيب من مات قبل نقضها ، إذ بانتقاض القسمة لم يبق لأحد من الطبقة المنقرضة نصيب حتى يقال إنه منقطع أو مسكوت عنه ، وباستئناف قسمة جديدة انتهى العمل أيضا بالشرط الاستثنائى ، فأصبح الاستحقاق للطبقة التالية استحقاقا أصليا يستحقونه بأنفسهم .

٣٤٣ — وإذا كان قد صدر حكم نهائى قبل العمل بهذا القانون فى نصيب من مات بعد الاستحقاق وليس له فرع يليه فى استحقاقه ، أوفى بعض هذا النصيب

أو فى معنى الطبقة التى وردت فى شرط الواقف ، بقى هذا الحكم نافذا ما بقى طرفا الخصومة وإن كان مخالفاً لأحكام هذه المادة ، ولكنه لا يكون نافذا إذا لم يبق إلا أحد الطرفين ، كما أنه لا يكون نافذاً على من لم يكن طرفا فى الخصومة . ففى هاتين الحالين لا يكون هذا الحكم مانعا من تطبيق أحكام هذه المادة .

٣٤٤ — وطبقاً لأحكام المادة ٦٠ لا تطبق أحكام هذه المادة على الأوقاف المبينة هناك . ولا زلت أرى أن هذا الاستثناء لا وجه له ، فإن أحكام هذه المادة وضعت لصالح المستحقين ومحاربة القول بالانقطاع فى بعض الأحوال ، ولرفع الاشتباه ودرء اختلاف المحاكم فى البعض ، فهى أحكام صالحة يجب أن تكون عامة لا يحرم أى وقف من تطبيقها .

٣٤٥ — والأحكام التى اشتملت عليها هذه المادة كانت محل وفاق فى جميع المراحل التى مرت بها . ولم يكن المشروع الأول مشتملا إلا على حكم الفقرة الأولى ، ولما عرض على لجنة العدل بمجلس الشيوخ رأت أن تضيف إليها الفقرة الثانية وقالت عن ذلك فى تقريرها « وأضيفت الفقرة الثانية إليها لأنه مع اختلاف الآراء بين رجال القضاء وتضارب الأحكام فى أمثال هـذه الحوادث رؤى من الحكمة تلافى ذلك بوضع نص صريح فى هذا التشريع لا يبقى معه أثر لاختلاف أحكام القضاء » .

وصياغة الفقرة الثانية من هذه المادة لم يطرأ عليها أى تعديل إلى أن صدر القانون . أما الفقرة الأولى فقد أدخلت عليها لجنة التنقيح تعديلا طفيفاً رغبة فى أداء المعنى المقصود بدقة على وجه لا لبس فيه .[1]

٣٤٦ — وأقوال الفقهاء المتعلقة بهـذه الأحكام مرتبطة تمام الارتباط بالأحكام الواردة بالمادتين التاليتين . ولهذا فضلت إرجاء ذلك مع تخريج الأحكام إلى ما بعد الفراغ من شرحهما .

---

(١) نص الفقرة الأولى فى المشروع الأول وفيما أقره مجلس الشيوخ فى المرة الأولى هو : « إذا مات مستحق وليس له فرع يليه فى الاستحقاق عادت حصته إلى غـلة الوقف الذى كان يستحق فيه » أما نصهما فى المشروع الثانى فهو الذى صدر به القانون ولم يطرأ عليه تعديل .

٣٤٧ – ثالثاً – حكم نصيب من حرم، ونصيب من رد، والموقوف على طبقة لم توجد :

مادة ٣٤ – يكون حكم نصيب من حرم من الاستحقاق أو بطل استحقاقه لرده حكم نصيب من مات .

ويعود إلى المحروم نصيبه متى زال سبب الحرمان .

مادة ٣٥ – إذا كان الوقف مرتب الطبقات ولم يوجد أحد فى طبقة منها صرف الريع إلى الطبقة التى تليها إلى أن يوجد أحد من تلك الطبقة فيعود الاستحقاق إليها .

* * *

٣٤٨ – بين هذا القانون فى المادتين ٣٢، ٣٣ الأهم من أحكام أنصبة الأفراد إذا ماتوا ، وبين فى هاتين المادتين الأهم من أحكام ماوقف عليهم إذا حرموا منه أوردوه ، وحكم ماإذا كان الوقف مرتب الطبقات ولم توجد طبقة منها . وقد كاد يستوعب فى هذه المواد الأربع كل الأحكام المتعلقة بهذه المسائل لولا بقية ضئيلة لم يتناولها كحكم من مات قبل الاستحقاق وليس له فرع يليه ، وحكم من بطل استحقاقه لعدم صحة الايجاب بالنسبة له ، فبقى حكمها كما كان قبل صدور القانون وسنلم بأحكامها فى أقوال الفقهاء .

٣٤٩ – وقد ساد فى النظر على الوقف أنه إذا كان مرتبا بشرط الواقف كانت البعدية فيه بعدية وفاة وتأصل هذا وتفرع فى القضاء والافتاء ، ثم تسربت هذه الفكرة من النظر إلى الاستحقاق فى العصور الأخيرة وكان نصيب المحروم من أبرز المواطن التى ظهرت فيها فكانوا يمنعونه عمن يليه فى استحقاقه ما بقى حيا ويجعلونه منقطعاً أومسكوتاً عنه ولايعطونه حكم نصيب من مات . وعندى أن إلصاق هذا الرأى بمذهب الحنيفة فى الاستحقاق ليس له دعامة يقوم عليها كما تعرف ذلك فى أقوال الفقهاء . وأياما كانت الحال فقد اتجه الشارع إلى القضاء على هذه الفكرة بالقدر المستطاع فأشار فيما عالجه من أمر النظر المرتب إلى أن الترتيب

فيه ترتيب صلاحية ، وبنى أحكامه هنا على أن البعدية فى الاستحقاق المرتب بعدية استحقاق لا بعدية موت ، وذلك لأنه رأى أن تلك الفكرة لاتقوم على أساس من العدالة ، وأن ماأخذ به هو الأقرب إلى الأفهام وإلى أغراض الواقفين بوجه عام ، وهو الذى يتفق مع الأحكام التى تخيرها فى هذا القانون . وهو لايريد أن يقول بأن البعدية بعدية استحقاق إلا فيما يكون محتملا لها ولغيرها كما إذا كان الترتيب بثم أو « من بعد » أو « بطنا بعد بطن » أو «طبقة بعد طبقة» أو أشباه ذلك . أما إذا كان كلام الواقف نصا فى أنها بعدية موت نحو قوله « فإذا مات » وقوله « ثم من بعد موته » فلا مناص من الجرى على أنها بعدية موت والعمل بما نص عليه الواقف طبقاً لأحكام المادة ٥٨

٣٥٠ — ١ — نصيب المحروم :

نصت المادة ٣٤ على أن حكم نصيب من حرم من الاستحقاق حكم نصيب من مات ، أى أن حكم ماجعل للموقوف عليه بعد حرمانه منه هو حكم ماجعل للموقوف عليه بعد موته ، فما يطبق على نصيب الميت فى الوقف المرتب والمشترك من أحكام هذا القانون أو الأحكام الأخرى يطبق أيضا على نصيب المحروم .

والقانون لايريد التسوية بين النصيبين إلا فى الأحكام التى يمكن أن يشتركا فيها أما مايكون خاصاً بنصيب الميت ولا يمكن أن يتناول نصيب المحروم فإنه لايطبق عليه . فلو وقف على أولاده وذريته وقفا مرتب الطبقات ترتيبا افراديا وحرم واحد من إحدى الطبقات انتقل مااستحقه أو كان يستحقه إلى فرعه ويعتبر كالميت من حين الحرمان ولا ينتظر موته . وإذا كان الترتيب فى هذا الوقف جمليا بنص من الواقف ولم يشترط فيه قيام الفرع مقام أصله عاد نصيب المحروم إلى أصل الغلة ، وإن كانت طبقة المحروم قد عينت بالأسماء أو مافى حكمها ، كما يعود نصيب الميت . أما إذا كان الترتيب فيه جمليا واشترط فيه قيام فرع من مات قبل الاستحقاق أو بعده مقامه ولم يذكر فيه شىء عن نصيب المحروم وحرم واحد من الطبقة العليا وكان له فرع فإن نصيبه يعود إلى أصل الغلة ويطبق حكم الفقرة الأولى من المادة ٣٣ ولا ينتقل إلى فرعه شىء منه ولايقوم مقامه بمقتضى شرط الواقف

الذى لايمكن أن يتناوله بحال . والترتيب الجملى يمنع انتقال شىء إلى الفرع مع بقاء طبقة أصله إلا بشرط استثنائى والواقف لم يستثن شيئا فى حالة الحرمان . والشارع لا يريد التحكم فى إرادة الواقفين الصريحة ولاأن يحمل كلامهم من المعانى مالايمكن أن تتحمله . وهذا المقصد واضح أتم الوضوح فيا جاء بالمذكرة التفسيرية عن هذه المادة وهو المتفق مع أحكام المادة ٥٨ ومع روح هذا التشريع بجملته . فليس لأحد أن يقول فى هذه الحالة بانتقال نصيب المحروم إلى فرعه بحجة أن حكم نصيب من مات فى هذا الوقف هو انتقاله إلى فرعه والقانون قد نص على أن حكم نصيب من حرم من الاستحقاق حكم نصيب من مات .

وقد عرض الشارع هنا لحكم نصيب من مات لا المحروم نفسه ، وأطلق الموت هنا ولم يقيده بقوله «فى حياة الواقف» كما صنع فى المادة ٢٥ لتغاير المقامين واختلاف الآثار كما يعرف مما سبق فى الاستحقاق الواجب ومما سيجىء .

٣٥١ — والنصيب الوارد فى هذه المادة لايراد به المتناول بالفعل خاصة ، بل أريد منه الحق الذى كان قد جعل للمحروم ، استحقه بالفعل حين الحرمان أولم يكن قد استحقه ، فإن أهم مايرمى اليه الشارع من أحكام هذه المادة هو مسألة البعدية . والحرمان قبل الاستحقاق أو بعده فيها سواء ، ولهذا أطلق الشارع فى الموت ، وتحاشى التعبير بكلمة «المستحق» التى كانت تعين المعنى الأول ، واستعمل فى الموضعين كلمة «من» العامة التى تشمل من استحق بالفعل ومن كان سيستحق لولا الحرمان . فلو وقف على نفسه ثم على أولاده — عينهم بالوصف أو بالأسماء — ثم على ذريته ونسله وقفا مرتبا ترتيبا أفراديا ، وحرم أحد أولاده فى حياته وكان له أولاد ثم مات الواقف انتقل ما كان استحقاقا لمن حرم إلى أولاده .

ولا يراد من النصيب الذى يطبق عليه هذا الحكم إلا المقدار الذى حرم منه ، كما هو واضح من سياق المادة . فإذا حرم من كل ما كان قد جعل له طبق هذا الحكم عليه جميعه ، وإذا حرم من بعضه طبق هذا الحكم عليه دون مابقى حقاً له .

٣٥٢ — ومن البين أن الكلام فى الحرمان الصحيح لأن الباطل لا أثر

له ويبقى صاحب الحق على حقه ، فالحرمان الوارد بهـذه المادة هو الحرمان بعد الدخول فى الوقف إما بادخال الواقف أو بحكم القانون . وهذا الحرمان قد يكون حرمانا ناجزاً صادرا من الواقف كما يحدث فى تغيير المصارف ، وقد يكون ناجزاً بحكم القانون ، وهذا يكون فيما لو قتل الموقوف عليه الواقف قتلا يمنع من الإرث قانونا ، أى قتلا من شأنه أن يمنع القاتل من إرث المقتول لو كان من ورثته . وقد يكون حرمانا معلقا على شرط ، وسيان أن يكون هذا التعليق بإخراج الكلام مخرج الشرط النحوى ، أو بإخراجه مخرج الغاية والتأقيت ، أو بإناطة الاستحقاق بوصف يدور معه وجودا وعدما ، كالوقف عليها مالم تتزوج أو ما دامت عزبا ، والوقف على المشتغلين بطلب العلم من ذريته .

٣٥٣ — والاستحقاق هنا أُريد به الحق المجرد ، لا الغلة التى استحقت ، لأن الكلام فى مصير حق حرم منه صاحبه والنظر فيمن يؤول اليه هـذا الحق مستقبلا . وقد أطلق عن كل قيد ليتناول باطـلاقه السهم الذى حل والسهم الذى كان ينتظر حلوله لولا الحرمان ، وليتناول الاستحقاق فى الوقف المؤبد وفى الوقف المؤقت ، وفى الخيرى وفى الأهـلى ، وليتناول الاستحقاق الاختيارى والاستحقاق الواجب . ولكن الشارع لايريد منه كل أنواع الاستحقاق الواجب بل يريد بعضها دون البعض الآخر . فإذا كان الاستحقاق واجبا لواحد من أهل الصنف الأول ، وكان يترتب على حرمانه اعتباره ميتاً فى حياة الواقف طبقاً للمادة ٢٥ ووجوب هذا الاستحقاق أو بعضه لغيره من أهل هذا الصنف لايطبق هذا الحكم على ما صار بحرمانه حقاً واجباً لغيره ، ولا يطبق إلا على القدر الذى لم يجب لأحد لأن هذا القدر قد زالت عنه صفة الوجوب وأصبح استحقاقاً اختيارياً . فلو وقف ما يزيد على ثلث ماله على نفسه ثم على زوجته وأولاده ثم على أولادهم وذريتهم ثم قتل وترك أولاداً ذكوراً وإناثاً وزوجة ، وكان أحد أبنائه هو الذى قتله قتلا موجباً للحرمان فإن هذا الابن يحرم من الاستحقاق ويعتبر كمن مات فى حياة الواقف فلا يجب لذريته استحقاق ويصير ما كان يجب له

لولا القتل حقاً واجباً لباقى أولاد الواقف يجب أن ينتقل نصيب كل منهم فيه إلى ذريته ولا يستحق فيه أولاد القاتل شيئاً ما ، فلا سبيل إذاً إلى تطبيق هذا الحكم على ماحرم منه والقول بانتقاله إلى فرعه ، ولا باعتباره ميتاً ليس له فرع يليه فى استحقاق ماحرم منه فيعود إلى أصل الغلة بحيث تشترك فيه الزوجة لما فى ذلك من الإخلال بأحكام الاستحقاق الواجب وحرمان أصحابه من بعض ماهو واجب لهم فى غير الأحوال التى بينها القانون . وإذا كان هذا الواقف لم يترك زوجة ولا ولداً سوى ثلاث بنات وقتله اثنتان منهن وكان له أخ شقيق، فإن نصيب هاتين القاتلتين يجب منه لأختهما السدس تكملة النصف الذى يجب أن ينتقل من بعدها لذريتها ، أما النصف الباقى فلا يجب لأحد لأن الأخ ليس من أصحاب الاستحقاق الواجب فيكون الاستحقاق فيه اختيارياً ويطبق عليه حكم نصيب من مات ، فمن كانت لها أولاد انتقل إليهم نصيبها وهو الربع ، ومن لم يكن لها فرع يليها فى استحقاق عاد نصيبها إلى غلة الحصة التى كانت تستحق فيها. ولو قدر أن هذا الواقف لم يترك زوجة ولا ولداً سوى بنت واحدة كانت هى القاتلة ولم يكن له وارث أصلا أو كان له وارث من غير ذوى الأنصبة الواجبة زالت عن الاستحقاق فى الوقف صفة الوجوب وصار كله اختياريا يطبق عليه هذا الحكم . وإذا كان من حرم فى هذا الوقف من أهل الصنف الثانى طبق هذا الحكم على نصيبه دائماً لأنه إن زالت عنه صفة الوجوب بالحرمان فقد صار استحقاقا اختياريا وأن لم تزل عنه هذه الصفة لم يكن فى انتقاله إلى فرعه أو عوده إلى غلة الحصة إخلال بأحكام الاستحقاق الواجب . والمعنى فى هذا واضح لمن كان على بينة مما تقدم فى أحكام الاستحقاق الواجب .

٣٥٤ — ولفظ « من حرم » يتناول كل موقوف عليه حرم حرمانا صحيحاً لأى سبب من أسباب الحرمان ، فهو يتناول الموقوف عليه فى الوقف على الذرية والوقف على غيرها ، وفى الوقف المشترك وفى الوقف المرتب ، ويتناول الموقوف عليه إذا كان بعض الطبقة والموقوف عليه الذى لا أحد معه فى الطبقة

إما بمقتضى إنشاء الوقف أو بحكم الواقع ، كالوقف المرتب ترتيباً أفرادياً ، والوقف على زيد ثم عمرو ثم بكر ، والوقف المرتب جملياً إذا لم يوجد فى الطبقة إلا واحد ، وهذه الصور مما تتناوله المادة ٣٥ أيضاً ، ويتناول الموقوف عليه المشترك مع غيره مهما كانت طريقة تعيينهم ، عينوا بالأسماء أو بما فى حكمها ، أو بالوصف الجامع وحده ، أو بالأمرين معا .

وهو أيضاً يتناول الموقوف عليه إذا كان من أهل الاستحقاق « الآدميين » أو لم يكن منهم . ولا يعطل عموم اللفظ ويمنع إرادة النوع الثانى مايقال من أن كلمة « من » لاتطلق بأصل وضعها إلا على العقلاء فإن من المعروف أنه إذا أريد التعبير عنهم وعن غيرهم غلب جانبهم وأوردوا بهذه الكلمة . ولايمنع منه أيضاً إعطاء نصيب المحروم حكم نصيب من مات ، فليس من مقتضى التشبيه تساوى الطرفين فى كل شىء وليس من شأن هذا الأسلوب أن يدل على أن المحروم لابد أن يكون ممن يموتون ، ولا يدل على أكثر من أن أى موقوف عليه حرم يكون حكم نصيبه كحكم نصيب موقوف عليه مات ، ولو أن الشارع لم يرد هذا وكان يريد أن المحروم لابد أن يكون من الآدميين لتحاشى هذا التعبير وقال بدلا منه « حكم نصيبه لو مات » . فإذا قال الواقف جعلت أرضى صدقة موقوفة على نفسى ثم من بعدى لزوجتى ومن بعدها يصرف ريعها فى مصالح مدرسة ومسجد معينين فى قرية كذا ثم من بعدهما معا يكون مصروفا فى إعانة بعثات إلى الأقطار المختلفة لنشر الهداية الإسلامية فإذا تعذر إرسال هذه البعثات صرف الربع إلى الفقراء عامة على أن تحرم المدرسة من نصيبها إذا لم تقم بتحفيظ القرآن الكريم كله وتعليم المبادىء الدينية وأن يحرم المسجد من نصيبه إذا سمح القائمون عليه باتخاذه مقراً لإقامة حلقات الأذكار المخالفة للسنة المطهرة والتى تعتبر بدعة محرمة ، ولم يذكر شيئاً عن حكم النصيب الذى تحرم منه جهة من هاتين الجهتين ، إذا وقف على هذا الوجه وحرمت المدرسة أو المسجد لتحقق شرط الحرمان طبق هذا الحكم وجعل نصيب المحروم كما لو كان نصيب موقوف عليه قد مات ، فإذا كان حرمانه بعد الاستحقاق

الفعلى كان كنصيب مستحق مات وليس له من يليه فى الاستحقاق فيرجع إلى أصل الغلة ولايصرف فى شئون البعثات لأن نوبة استحقاق هذه الجهة لشىء من الريع لم تجىء ولا يكون منقطعاً مصرفه الفقراء ، وإذا كان حرمان أحدهما قبل الاستحقاق طبق عليه مذهب الحنفية . أما إذا تحقق الحرمان فيهما معا فان الريع يصرف فى شئون البعثات طبقاً لأحكام المادة ٣٥

٣٥٥ — عودة النصيب لزوال سبب الحرمان :

قدمت فى شرح الفقرة الأخيرة من المادة ٢٥ [1] أن من أسباب الحرمان مالا يمكن زواله ولا زوال أثره ، ومنها مالا يمكن زواله ويمكن زوال أثره ، ومنها مايمكن زواله نفسه ، وبينت المراد من زوال سبب الحرمان بيانا وافياً ، وكل ماأوردته هناك يجرى هنا ، فان هذا النص كذلك ، ولم يدع إلى إعادته هنا سوى أن النص هناك خاص بالاستحقاق الواجب دون غيره وأن المادة ٢٥ لاتسرى على جميع الأوقاف بل يقتصر سريانها على الأوقاف المبينة بالمادة ٥٧

والاستحقاق يعود بزوال سببه أو زوال أثره وإن لم ينص الواقف على عودته فعدم النص على العودة لايمنعها بل الذى يمنعها هو النص على عدمها . ومن البين أن عودة الاستحقاق لزوال سبب الحرمان ليس لها أثر رجعى ويقتصر ذلك على وقت زوال السبب أو زوال أثره فليس للمحروم أن يطالب بشىء من الاستحقاق فى المدة التى كان محروما فيها لأن الحرمان لم يبطل من أصله بل انتهى أمره ، فلم يكن له حق فيما مضى يطالب به وكان الحق لغيره فلا يمكن أن يسلبه منه. وليس لعودة الاستحقاق الاختيارى والاستحقاق الواجب لأهل الصنف الثانى آثار ذات قيمة كالآثار التى تترتب على عودة الاستحقاق الواجب لأهل الصنف الأول ، يعرف هذا جيداً من كان على بينة مما قدمته هنالك .

٣٥٦ — ب — نصيب من رد الوقف :

بطلان حق الموقوف عليه فى الاستحقاق بطلانا من الأصل مع بقاء الوقف نفسه صحيحاً نافذاً لازما يكون بأحد أمرين ، أحدهما أن يقع إيجاب الاستحقاق

(١) ص (٤٤٤ — ٤٤٧) .

للموقوف عليه غير صحيح كما لو وقف المسلم وشرط صرف الريع أو بعضه فيما هو محرم شرعاً ، كالانفاق على إقامة الشعائر فى أحد المعابد غير الإسلامية أو إعطاء أجرة لمن يقومون بمحرم كالنائحات أو لمن يقومون ببعض العبادات والطاعات التى يحرم الاستئجار عليها كقراءة القرآن عند من يرى ذلك ، أو الانفاق على تشييد المبانى على القبور ، وكما لو وقف غير المسلم وقفاً صحيحاً وجعل مصرف غلته أو بعضها ماهو متفق على حرمته فى شريعته وفى الشريعة الاسلامية . والثانى أن يقع إيجاب الاستحقاق له صحيحاً ويثبت له الحق فيه غير متأكد فيرد هذا الحق فى الوقت الذى يملك الرد فيه ،ففى هاتين الحالتين يبطل الاستحقاق مستنداً إلى أول الأمر ويكون البطلان بطلاناً من الأساس . وهذا البطلان لايتناول زوال الاستحقاق بسبب الحرمان ، ومن أنواعه انتهاء الاستحقاق بانتهاء الوصف الذى أتى به كالوقف عليها مادامت خالية من الأزواج،وليس منه أيضاً إسقاط الاستحقاق بعد تأكده عند من يراه ومنه الفراغ عنه لغيره وكذا الإقرار به للغير ، فان الاستحقاق لم يزل عنه إلا من وقت الحرمان أو الاسقاط أو الاقرار ولم يبطل من الأصل . وقد يشبه البطلان من الأصل عدم ثبوت الاستحقاق من أول الأمر لعدم تحقق شرطه ، والشارع لم يستعمل البطلان إلا فى البطلان من الأصل واستعمله فى مقابلة الحرمان، والتنازل والاقرار ، وقد تقدم ما يتعلق بها [1] وفى مقابلة عدم وجود المستحق كما سيجىء ، ولم يشأ أن يتناول من أفراد البطلان من الأصل إلا البطلان بسبب الرد . فإذا بطل استحقاق موقوف عليه من الأصل لسبب يرجع إلى الأمر الذى ذكرته أولاً وكان الوقف مشتركاً أو كان مرتب الطبقات وكان هذا الموقوف عليه بعض الطبقة لم يكن لهذا القانون حكم فى نصيبه . أما إذا كان الوقف مرتب الطبقات وكان من بطل استحقاقه من الأصل لهذا السبب هو كل الطبقة فإن حكم المادة ٣٥ يتناوله .

٣٥٧ — وقد بينت فيما مضى [2] معنى الرد ومتى يكون معتبراً ، وما قدمته

(١) ص (٣٤٧ — ٣٦٧) . (٢) ص (١٣٩ — ١٤٣) .

فى النبذ السابقة متعلقاً بمعنى الحكم ، والنصيب ، والاستحقاق ، و بعموم «من» ، الواردة بهذه المادة ، وغير ذلك بالنسبة للحرمان يجرى كله بالنسبة للرد ، غير أنه يجب أن يراعى أن صاحب الاستحقاق الواجب إذا رد الوقف أصبح هذا الحق استحقاقاً اختيارياً ، ولا يجب لأحد غيره ، فليس هناك ما يمنع من تطبيق هذا الحكم على نصيبه إذ ليس فى ذلك إخلال بأحكام الاستحقاق الواجب . ورد الوقف لايعتبر من التنازل عن الاستحقاق كما أسلفنا .

والرد قد أضيف فى هذه المادة إلى صاحب النصيب، ومن البين أنه إذا لم يكن أهلا للرد قام مقامه فيه من أعطى له هذا الحق بمقتضى القانون ويكون رده رداً من الموقوف عليه ، وهذا لا يكون إلا فى الجهة التى لها من يمثلها قانوناً ، أما الجهات التى ليس لها هذا الممثل وعديمو الأهلية فإن أحداً لايملك الرد نيابة عنهم مهما كان له من الولاية عليهم فلا عبرة برده و يبقى الحق للموقوف عليه كما هو .

ومن يرد الوقف رداً معتبراً لا يمكن أن يعود إليه هـذا الحق بعد ذلك إذ ليس لمن رد أن يقبل ثانياً ولذلك اقتصرت الفقرة الثانية من المادة ٣٤ على عودة نصيب المحروم .

٣٥٨ — هـ — مصير الريع إذا لم توجد الطبقة :

بينت فيما سبق معنى الطبقة فى الاستعمالات المختلفة وأنها فى التوالى تختلف باختلاف الترتيب ، فإذا كان الترتيب بينها ترتيباً أفرادياً كان كل فرد من الطبقة العليا هو الطبقة السابقة على من يليه من أهل الطبقة التى بعدها دون سائر أهل طبقته ، وإذا كان ترتيباً جملياً كان مجموع أهل الطبقة العليا هم الطبقة السابقة على مجموع أهل الطبقة التى تليها[1] فالطبقة سابقة كانت أو لاحقة قد تكون فرداً واحداً بأصل الإنشاء أو بحكم الواقع ، وقد تكون أكثر من واحد مهما كانت طريقة التعيين ، ولا يختص هذا بالوقف على الذرية ولا بالوقف على من يطلق عليهم اسم أهل الاستحقاق ، فكما يكون فيهم يكون فى الوقف المرتب

(١) ص ٨٣٥ — ٨٥ ، ٥٩٧ .

على غير الذرية من أهل الاستحقاق وعلى الجهات. وإذا كان ترتيب الطبقات ترتيباً جملياً وشرط فيه أن من مات قبل الاستحقاق أو بعده وترك ولداً أو ولد ولد أو أسفل من ذلك استحق من تركه ما استحقه أو كان يستحقه، كان الاستحقاق بمقتضى هذا الشرط أيضاً مرتب الطبقات ترتيباً جملياً تبعاً للترتيب الأصلى وتكون الطبقات فيه كالطبقات فى الترتيب الأصلى.

٣٥٩ — بينت المادة ٣٥ حكم الترتيب بين الطبقات بوجه عام سواء أكانت من أهل الاستحقاق أم من غيرهم، وسواء أكانت فرداً أم أكثر منه، وسواء أكان الوقف عليها خيرياً أم أهلياً، وقد أخذ هنا أيضاً بأن البعدية بعدية استحقاق لا بعدية موت أو زوال، فإذا جاءت نوبة الاستحقاق التى رتبت لطبقة من الطبقات ولم يكن فيها أحد من المستحقين صرف الريع إلى الطبقة المستحقة التى تليها وإن كانت الطبقة السابقة موجودة بذواتها، فوجود الطبقة وعدمه فى نظر القانون هو الوجود الاستحقاقى ولا عبرة بوجودها إذا كانت غير مستحقة. فعدم الوجود شامل لعدم الوجود من الأصل، وللانقراض بعد الوجود، وللوجود مع عدم الاستحقاق مهما كان سببه، فسيان أن يكون السبب بطلان استحقاقها لعدم صحة الإيجاب لها، أو أن يكون بطلانه من الأصل لرد أهلها، أو أن يكون عدم ثبوته لها من الأصل لعدم توفر شرطه، أو أن يكون قيام سبب الحرمان بأهلها أو زوال الوصف الذى أنيط به الاستحقاق. فلو وقف على نفسه ثم على أولاده ثم على ذريته ونسله وقفاً مرتب الطبقات كان كل واحد من طبقة هو الطبقة السابقة على فروعه وهم الطبقة التالية له. فإذا مات واحد من أولاده مثلا قبله أو بعده أو رد الوقف أو حرم منه لسبب من الأسباب وكان له أولاد فمتى جاءت نوبة استحقاقهم صرف إليهم ما كان يستحقه لولا هذا، لأنه هو الطبقة السابقة عليهم وليس مستحقاً فلا يعتبر موجوداً، وهذا الحكم مما تتناوله المادتان ٣٢، ٣٣ أيضاً. ولو أن الترتيب فى هذا الوقف كان ترتيباً جملياً بنص فى كتاب الوقف ومات جميع أولاده أو ردوا أو حرموا قبل موته أو بعده صرف الريع إلى أولاد أولاده بعد موته

ولا ينتظر موت أولاده إن كانوا أحياء لأن الطبقة السابقة على أولاد الأولاد ليس لها وجود بالنظر للاستحقاق . ولو وقف على نفسه ، ثم على زيد ، ثم بكر ، ثم علىّ ، ثم مات كل من زيد و بكر أو رد أو حرم قبل موت الواقف أو بعده فمتى مات الواقف صرف الريع لعلى لأن الطبقتين السابقتين عليه وهما زيد و بكر لا وجود لهما بالنسبة للاستحقاق . ولو وقف على زيد و بكر وعلىّ ثم على ذرية رجل آخر لا صلة له بهم ومات جميع أهل الطبقة الأولى أو ردوا أو حرموا صرف الاستحقاق لذرية هذا الرجل لعدم الطبقة التى تسبقهم . ولو وقف على أولاد أخيه وذريته وقفاً مرتب الطبقات ولم يكن لأخيه أولاد حين الوقف وكان له أولاد أولاد فما لم يحدث لأخيه أولاد يصرف الريع لأولاد أولاده لأن الطبقة التى تسبقهم لم توجد من الأصل . ولو وقف على نفسه ثم على المشتغلين بطلب العلم من أولاده ثم على المشتغلين بذلك من ذريته ونسله طبقة بعد طبقة فإذا مات ولم يكن فى أولاده لصلبه من يشتغل بطلب العلم وكان فيمن بعدهم من الطبقات من يشتغل صرف الريع إليهم لأن الطبقة أو الطبقات التى تسبقهم لم يثبت لها الاستحقاق من الأصل لأن الوصف الذى أنيط به لم يتحقق فى أهلها جميعاً ، وإذا كان فى أولاده مشتغلون بذلك وفى أولاد أولاده مشتغلون بذلك صرف الريع إلى المشتغلين من أولاده خاصة فإذا تركوا هذا الاشتغال جميعاً صرف الريع إلى المشتغلين من الطبقة التى بعد طبقتهم لأنه بزوال الوصف الذى أنيط به الاستحقاق عنهم قد زال استحقاقهم وصاروا طبقة غير موجودة . ولو شرط صرف حصة من ريع وقفه بعد موته فى إقامة حفلة نياحة كل أسبوع فى بيته أو عند قبره مدة عام تصرف فى أجور النائحات وفيما يقدم للمجتمعين من طعام وشراب وفى كل ما يحتاجون إليه فى هذا الاجتماع وإذا انتهى هذا العام عادت هذه الحصة إلى أصل الغلة وصرفت فى مصارفها ، فإذا مات عادت هذه إلى أصل الغلة ولا تصرف إلى المصرف الذى جعله سابقاً على هذا لأن إيجاب الاستحقاق له وقع باطلا ولم يثبت له استحقاق من الأصل فلا يكون موجوداً وتصرف الغلة إلى المصرف الذى

يليه بمجرد موته . ولو شرط صرف حصة من الريع فى مصالح المسجد الذى سينشئه فى قريته ثم فى مصالح الحرمين فما لم يتم إنشاء هذا المسجد تصرف هذه الحصة فى مصالح الحرمين لأن الطبقة السابقة لم توجد من الأصل . ولو شرط صرف الريع فى إنشاء مسجد بقريته ثم يكون لأولاده وذريته لا يصرف شىء من الريع لأولاده ما لم يجتمع منه ما يكفى لإنشاء المسجد الذى أراده لأن الطبقة السابقة على أولاده هى الإنشاء وهو من المصارف التى تعتبر موجودة وقائمة ما دامت ممكنة فما لم يتم هذا الإنشاء تكون الطبقة لا تزال موجودة ، وإذا هدمت هذه القرية وصارت أرضاً براحاً وتملكها غيره وغير ورثته وأصبح إنشاء هذا المسجد غير ممكن صرف الريع لأولاده وذريته لأن الطبقة التى تسبقهم غير موجودة ، وكذلك يصرف الريع إليهم إذا اجتمع من الريع ما يكفى لإنشاء هذا المسجد وإن لم يتم الإنشاء لسبب من الأسباب لأن الجهة التى تسبقهم قد استوفت حقها من الاستحقاق وصارت لا حق لها فى الغلة فهى غير مستحقة ولا تعتبر موجودة . هذا إذا بقى القدر الكافى محفوظا ، أما إذا قدر أنه ضاع أو بدد ولا سبيل إلى الحصول على مثله فإن الاستحقاق يعود إلى هذه الجهة لعودة الاستحقاق إليها ما دام الإنشاء لم يتم ولا يوجد ما يكفى له .

٣٦٠ — والريع لا يصرف إلى الطبقة التالية إلا حيث لا يوجد فى الطبقة السابقة مستحق أصلا . فما دام يوجد فيها مستحق ولو كان واحداً ، وإن كان يستحق بعض ما جعل له فحسب ، لا يطبق هذا الحكم كما هو صريح عبارة المادة ٣٥ . وفى هذه الحالة إذا كان من أهل هذه الطبقة من مات أو حرم أو رد أو لم يثبت له الاستحقاق من الأصل لبطلان إيجاب الاستحقاق له طبق على نصيبه ما يمكن أن يطبق عليه من أحكام هذا القانون فإن لم يكن له فيها حكم وجب الرجوع فى أمره إلى ما يجب العمل به من الأحكام الأخرى . أما حكم هذه المادة فإنه خاص بانعدام الطبقة المستحقة بأسرها ولا حكم لها فيما إذا انعدم بعضها وبقى البعض الآخر .

٣٦١ – والحكم الذى تقرره المادة ٣٥ من صرف الريع إلى الطبقة التالية لا يتنافى فى شىء مّا مع الأحكام التى تقررها المادة ١٩ ، بل هو متفق معها تمام الاتفاق فيما يشتركان فيه ، فإن الكلام هنا فيما إذا بين الواقف مصارف متتالية ولم يوجد السابق ووجد اللاحق ، والكلام هناك فيما إذا لم يبين الواقف مصارف خاصة بعد الجهة الخيرية التى لم توجد أو لم تبق حاجة إليها فيكون مصرف الريع هم الفقراء بوجه عام فيكونون الطبقة التالية لإحدى هاتين الجهتين إذا كانت كل منهما كل الطبقة ، وذلك لعدم وجود الطبقة المستحقة فيصرف الريع إلى الفقراء وهم الطبقة التالية إذ المفروض أن الواقف لم يبين مصرفاً خاصاً ، والمصارف التى بينت فى تلك المادة هى من الطبقة التالية فيكون الحكم هناك متفقاً مع حكم هذه المادة إذا كانت الجهة كل الطبقة أما إذا كانت بعضها أو كان الواقف لم يعين جهة أو عينها وكانت موجودة ومحتاجاً إليها وزاد الريع عن حاجتها فإن أحكام تلك المادة فيها أحكام أخرى لأمور غير الأمر الذى تقرر هذه المادة حكمه .

٣٦٢ – عودة الاستحقاق إلى الطبقة :

انعدام الطبقة المستحقة قد يكون انعداماً قاطعاً لا يمكن أن توجد بعده ، كما لو كان سببه موت أهلها أو حرمانهم لسبب لا يمكن أن يزول لا هو ولا آثاره أو ردهم ، وقد يكون انعداما يمكن أن توجد بعده كما يعرف من الرجوع إلى الأمثلة التى أوردتها فى النبذ السابقة . فإذا انعدمت هذه الطبقة وصرف الاستحقاق إلى الطبقة التى تليها ثم وجدت بعد أن لم تكن أو عادت إلى الوجود ثانياً بعد انعدامها أو كانت أفراداً ووجد أى فرد منها بعد إن لم يكن أحد منها أصلا أو بعد إن كان وانعدم فإن حكم هذه المادة فى الصرف إلى الطبقة التى تليها ينتهى العمل به ولا يصرف لهذه الطبقة شىء من الريع بمقتضاه ويعود الاستحقاق جميعه إلى الطبقة التى وجدت واعتبرت قائمة ولو بوجود بعض أفرادها وإن كان لا يستقل بكل الريع . وفى الحالة الأخيرة يطبق على الريع الذى لا مستحق له من أهلها ما يمكن أن

يطبق عليه من أحكام هذا القانون أو من الأحكام الأخرى . وإذا وصل إلى أهل الطبقة التالية شيء من هـذا الاستحقاق لا يكون بمقتضى أحكام هذه المادة . فلو وقف على نفسه ثم على أولاد أخيه وذريته وقفاً مرتب الطبقات ترتيباً جملياً ولم يشترط قيام الفرع مقام أصـله ، وكان لأخيه أولاد حين الوقف وماتوا قبل الواقف عن أولاد صرف الريع بموت الواقف إلى أولاد أولاد أخيه ، فإذا قدر أن هذا الأخ لم يمت ورزق ولو بولد واحد عاد الاستحقاق جميعه لطبقة أولاد الأخ ولا يتناول منه أولاد الأولاد شيئاً ، وإذا كان كلام الواقف دالا على استقلال الواحد بالغلة استحقها جميعها،وكلما وجد ولد آخر شاركه إلى أن تنقرض هذه الطبقة، وإن كان كلام الواقف لا يدل على الاستقلال أخذ النصف وكان النصف الآخر منقطعاً ، ومتى وجد ولد آخر زال الانقطاع وكلما حدث آخر اشترك فيها إلى أن تنقرض الطبقة . ولو قدر أن هـذا الواقف اشترط قيام فرع من يموت قبل الاستحقاق مقامه ، قسم الريع على من وجد ومن مات قبل الواقف من إخوته وله فرع وما يصيب كل ميت يتناوله فرعه لـكن لا بحكم هذه المادة بل بمقتضى شرط الواقف ونص المادة ٣٢ ، وكلما حدث لأخيه ولد أعيدت القسمة ويبقى الحال على هذا النهج حتى تنقرض هـذه الطبقة . وإذا قدر أن الترتيب فى هذا الوقف كان ترتيباً أفرادياً وكان باقى وضع المسألة كما ذكر من قبل ، فإن الاستحقاق لا يعود بحدوث هذا الولد إلى طبقة الأولاد جميعاً لأن كل واحد منهم هو الطبقة السابقة بالنسبة لفروعه وقد انعدمت ولم تعد ، ولـكن الولد الذى حدث يأخذ نصيبه من الغلة لا من باب عودة الاستحقاق إلى جميع أهل طبقته بل لظهور أن الطبقة التالية لـكل أصل منها لا تستحق كل ما بيدها فيؤخذ منها الزائد ويعطى لمستحقه ، وهكذا يدخل النقص عليهم كلما حدث لهذا الأخ ولد .

٣٦٣ — ما يشترط فى تطبيق هاتين المادتين :

وأحكام المادتين ٣٤ ، ٣٥ لا تطبق إلا بشروط :

(١) ألا يكون فى كتاب الوقف نص يخالف هذه الأحكام . فإذا نص الواقف

على أن البعدية فى الترتيب بعدية موت ، أو نص على مصرف لنصيب من يحرم أو يرد وكان لا يتفق مع حكم نصيب من مات ، أو نص على عدم عودة نصيب المحروم إليه أبداً أو بين لذلك مقادير وأحكاماً أخرى ، أو نص على أحكام تخالف أحكام المادة ٣٥ ، وجب العمل بما نص عليه ولا تطبق هذه الأحكام فيما يخالفه ما لم يكن فى العمل به إخلال بأحكام الاستحقاق الواجب فانه يكون نصاً ملغى ولا يمنع من تطبيق هذه الأحكام إن كان هناك محل لتطبيقها .

(٢) ألا يكون فى ذلك إخلال بأحكام انتهاء الوقف المبينة بالمادة ١٦ ، لأن حكم نصيب المحروم ومن رد حكم نصيب من مات ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٣ على وجوب مراعاة أحكام المادة ١٦ فيكون هذا مراعى فى نصيب من حرم ومن رَدّ . ولكن يجب أن يراعى أنه أن كان للواقف شرط فى نصيب من مات يقضى بعدم انتهاء الوقف فى نصيبه ولم يكن له مثل هذا الشرط فى واحد منهما فإن حكم هذا الشرط لا يطبق على نصيبه لأنه لا يتناوله وقد عرفت وجه ذلك فيما مضى .

(٣) ألا يكون فى تطبيقها إخلال بأحكام الاستحقاق الواجب . وقد بان مما مضى متى يكون هذا الإخلال ومتى لا يكون .

٣٦٤ — سريان أحكام هاتين المادتين :

وأحكام هاتين المادتين كما تسرى على الأوقاف التى تحدث بعد العمل بهذا القانون تسرى على الأوقاف التى تمت قبله فى الحوادث السابقة واللاحقة طبقاً لنص المادة ٥٦، فلو أن موقوفاً عليه حرم أو رد قبل العمل بالقانون واعتبر نصيبه منقطعاً طبقاً لما كان يعمل به إذ ذاك، زال هذا الانقطاع بصدور هذا القانون وطبقت على نصيبه أحكامه و يعتبر غير منقطع من وقت الرد أو الحرمان ولكن ليس لمن يثبت له استحقاق فيه أن يطالب بذلك إلا من الغلات التى تحدث بعد العمل بهذا القانون لأن ثبوت هذا الاستحقاق له كان بمقتضى هذا القانون . ولو أن نصيب المحروم لم يعد إليه مع زوال السبب قبل القانون عاد إليه هذا النصيب بصدور القانون

ولكن ليس له أن يطالب بالغلات السابقة لأن استحقاقه لم يثبت إلا بمقتضى أحكامه . ولو أن نصيب من حرم أو رد كان قد اعتبر مسكوتاً عنه وأعيد لأصل غلة الوقف جميعه عادت بصدور هذا القانون إلى غلة الحصة الخاصة إن كانت وكان لأهلها أن يطالبوا بذلك من حين الحرمان أو الرد . وقد بينت وجه ذلك فيما مضى فلو أن الوقف كان مرتباً ترتيباً أفرادياً وشرط فيه حرمان من تتزوج من الأناث فحرم عدد منهن قبل القانون واعتبر نصيبهن مسكوتاً عنه فأعيد لغلة الوقف جميعه عادت من تاريخ الحرمان إلى حصة أصلهن المباشر متى كانت موجودة أو إلى حصة الأصل الذى فوقه وهكذا .

أما تطبيق أحكام المادة ٣٥ على الحوادث السابقة فليس له أثر يذكر لأن أحكامها متفقة مع الأحكام التى كان معمولا بها قبله فى الموت والرد و بطلان إيجاب الاستحقاق . والذى كان محل اشتباه هو مسألة الحرمان .

ولا تطبق هذه الأحكام على الحوادث السابقة التى صدرت فيها أحكام نهائيـة تخالف أحكام هاتين المـادتين بل تبقى هذه الأحكام نافذة بالنسـبة لطرفى الخصومة ، ولكنها لا تبقى نافذة بالنسبة لأحدهم وحده كما أنها لا تأثير لهـا على من لم يكن طرفاً فيها فلا تمنع من تطبيق هاتين المـادتين فى هذه الأحوال .

ولا تطبق أحكام هاتين المـادتين على الأوقاف المبينة بالمـادة ٦١ .

٣٦٥ — أقوال الفقهاء المتعلقة بأحكام المواد ٣٣ ، ٣٤ ، ٣٥ :

(ا) نصيب من يموت :

قدمت فى شرح المادة ٣٢ أقوال الفقهاء فى نصيب من يموت قبل الاستحقاق أو بعده إذا كان له فرع يليه فى استحقاقه ، وسأورد هنا أقوالهم المتعلقة بنصيبه إذا لم يكن له هذا الفرع .

١ — مذهب الحنفية :

جاء فى كتاب الأوقاف للخصاف أنه إذا جعل أرضه صدقة موقوفة على ولده

وولد ولده ونسلهم أبداً ما تناسلوا ثم على المساكين ولم يجعله مرتباً اشترك فيه جميع البطون ، ومن مات منهم بعد الوقف ولم يذكر الواقف شيئاً فى أمر نصيبه يسقط سهمه وتقسم الغلة على من كان موجوداً يوم القسمة والبطن الأعلى والأوسط والأسفل فى ذلك سواء . وإذا جعله مرتباً كانت الغلة للبطن الأعلى ثم بطناً بعد بطن مابقى منهم أحد . ومن مات من البطن الأعلى سقط سهمه وتكون الغلة لمن يكون موجوداً منهم حين تطلع الغلة . وجاء فيه أيضاً مايدل على سقوط سهم من مات قبل الاستحقاق إذا لم يكن الواقف قد شرطه لولده (١) .

وهذا الذى قاله الخصاف ورد أيضاً فى وقف هلال ، فى الوقف على الأولاد والقرابة ونحوهم ، كما ورد فى عامة الكتب ولا يعرف فيه خلاف لأحد .

ونصوا على أنه لو وقف على معين بالاسم وقوم غير معلومين ومات هؤلاء القوم كان الوقف كله له وإن مات هو كان الوقف كله لهم . فنى وقف هلال أنه لو قال أرضى صدقة موقوفة على فلان وعلى ولده ونسله فانقرضوا ولم يبق غير فلان كان الوقف كله له (٢) . وفى الخانية أنه لو وقف على زوجته وأولاده فماتت الزوجة رد نصيبها لأولاده جميعاً ولا يكون لأولادها منه خاصة إلا إذا كان قد شرط ذلك (٣) . ولكن فى الخصاف أنه لو جعل أرضه صدقة موقوفة على أن تكون غلتها لعبد الله وولد زيد مابقى منهم أحد فإذا انقرضوا فهى للمساكين أو قال لعبد الله ولولد زيد ولولد عمرو قسمت الغلة على عدد الرءوس فلو كان لزيد خمسة ولعمرو أربعة قسمت الغلة على عشرة لعبد الله سهم ولكل ولد سهم وكل من مات من ولد زيد أو ولد عمرو سقط سهمه وقسمت الغلة على عدد رءوس الباقين حتى لو لم يبق من كل من الفريقين إلا واحد قسمت الغلة أثلاثاً ، وكان لعبد الله ثلثها فإن انقرض ولد زيد جميعاً كانت الأسهم الخمسة التى كانت لهم راجعة إلى المساكين ، ثم عاد فرأى أن الصواب هو أن يعود للمساكين السهم

---

(١) ص ٢٩، ٧١، ٧٢، ٧٥، ٨١ وما بعدها . (٢) ص ٨١ .
(٣) حـ ٣ بهامش الهندية / ٣٢١ .

الذى كان لآخر ولد زيد [1] . وأياً ما كان رأيه فإن فيـــه مخالفة واضحة لما جاء بهلال .

وورد فى هلال وفى الخصاف وفى الخانية وغيرها أنه لو وقف على ولده أو قرابته أو غيرهم وأتى فى كلامه باسم الجنس الذى يصدق على الواحد والأكثر استحق الواحد جميع الغلة ، ويستوى فى ذلك ما إذا لم يوجد إلا واحد أو كان هناك عدد ولم يبق إلا واحد .

وقال ابن عابدين فى تنقيح الحامدية [2] وفى رسالته [3] « غاية المطلب » أنه إذا لم يكن للواقف شرط خاص فى نصيب من يموت كان مسكوتاً عنه ويرجع إلى أصل الغلة ، واستدل لذلك بما جاء فى الخصاف من أنه إذا قال أرضى هذه صدقة موقوفة على ولدى وولد ولدى ونسلى وعقبى ماتناسلوا على أن يبدأ بالبطن الأعلى منهم ثم الذين يلونهم بطناً بعد بطن حتى ينتهى ذلك إلى آخر البطون منهم وكلما حدث الموت على أحد من ولدى وولد ولدى وأولادهم فنصيبه مردود إلى ولده وولد ولده ونسله وعقبه بطناً بعد بطن وكلما حدث الموت على أحد من ولدى وولد ولدى ونسلهم وعقبهم ولم يترك ولداً ولا ولد ولد ولا نسلا ولا عقباً كان نصيبه راجعاً إلى البطن الذى فوقهم ، فهو على هذا الذى شرط الواقف ، فإن لم يبق أحد من البطن الذى فوقهم رجع نصيبه إلى أصل الغلة ويكون لمن يستحقها. وقال ابن عابدين إن صاحب الإسعاف اختصر هذا بقوله : ولو قال كلما حدث الموت على أحد منهم ولم يترك ولداً ولا نسلا كان نصيبه راجعاً إلى البطن الذى فوقه ومات واحد منهم ولم يكن فوقه أحد أو لم يذكر عن سهم من يموت عن غير ولد ولا نسل شيئاً يكون نصيبه راجعاً إلى أصل الغلة وجارياً مجراها ويكون لمن يستحقها ولا يكون للمساكين منها شىء إلا بعد انقراضهم لقوله على ولدى ونسلى أبداً . وأن العلائى اختصره فى الدر المختار بقوله : ولو قال وكل من مات

(1) ص ٨٨ ، ٨٩ . (2) جـ ١/١٦٩/

(3) جـ ٢ من الرسائل / ٤٥ .

منهم عن غير نسل كان نصيبه لمن فوقه ولم يكن فوقه أحد أو سكت عنه يكون راجعاً لأصل الغلة لا للفقراء ما دام نسله باقياً .

هذا هو أهم ما جاء بكتب الحنفية عما جرت عادة المتأخرين بتسميته مسكوتاً عنه . ولم أقف على من تكلم بكلام فى المراد من أصل الغلة إذا كان الوقف بمثابة أوقاف متعددة وصار حصصاً متمايزة ، إما بصنيع الواقف الصريح ، أو بحكم الترتيب الأفرادى الذى يراه الحنفية ، أو بمقتضى شرط استثنائى ، وكل ما اطلعت عليه خاص بأصل المسألة من غير تفصيل . وقد كان هذا الإجمال سبباً فى اختلاف المحاكم الشرعية والمفتين المعاصرين ومن سبقوهم فى العهود القريبة فى هذا الموضوع فمنهم من أخذ بظاهر عبارات الفقهاء غير ناظر إلى شىء آخر ومنهم من نظر إلى أغراض الواقفين ورغبتهم بوجه عام فى اختصاص كل فرع بما جعل لأصله . فالمسألة ليس فيها ما يسمى أقوالا فى المذهب ولا راجحاً ومرجوحاً وكل ما فيها آراء وأفهام مختلفة مستمدة من كلام فقهاء الحنفية وعبارات الواقفين وأغراضهم .

أما ما قاله فقهاء الحنفية فى نصيب الميت الذى يطلق عليه اسم المنقطع فسأجمله فيما يلى :

ذهبوا إلى أنه لو وقف على فلان وفلان ثم على أولادهم وذريتهم أو على قوم آخرين وكان الترتيب جملياً ، وهو الأصل عندهم ، ولم يشترط الواقف قيام الفرع مقام أصله ، فمن مات ممن سموا بأسمائهم كان نصيبه منقطعاً يصرف إلى الفقراء مادام واحد منهم موجوداً فإذا انقرضوا صرفت الغلة إلى من يليهم . أما إذا كان الترتيب أفرادياً فإنه ينتقل إلى من يليه .

وكذلك يكون الحكم لو وقف على بنيه ثم وثم ، أو وقف على هذين ثم وثم ، أو وقف على أقرب الناس منه فكان له أولاد أو كان له أبوان ، فمن مات منهم كان سهمه للمساكين لأن هذا بمنزلة تسميتهم بأسمائهم وتعيينهم بالإشارة إليهم .

ونصوا على أنه لو وقف على أولاده أو على بنيه أو على بناته أو على أقاربه أو على فقرائهم أو على محتاجيهم أو نحو ذلك وأتى بكلمة الجمع فإن لم يوجد أو لم يبق

إلا واحد كان له نصف الغلة لا غير وكان النصف الآخر منقطعاً مصرفه الفقراء لأن اسم الجمع لا يصدق على الواحد ويصدق على الاثنين فما فوقهما . وقال عمر ابن نجيم فى إجابة السائل :

وقف على أولاده أو بنيه وليس له إلا واحد كان النصف له والنصف للفقراء ، كذا فى المحيط والخانية ، وفى فتح القدر أنه فى الأولاد يستحق الواحد الكل وفى البنين النصف ، قال وكأنه مبنى على العرف .

وقد أفتى الخيرى والحامدى فى بعض حوادث كان نصيب الميت فيها مما يسمى بالمسكوت عنه عند الحنفية بأنه منقطع يصرف إلى الأقرب إلى الواقف . وقد قالوا إن هذا سهو منهما ومخالف لما أفتيا به فى غير هذه الحادثة وقد سبق ذهن الخيرى إلى مذهب الشافعية ولذا قال إنه يصرف لقرابة الواقف لا للفقراء ، وقالوا إن المنقطع إنما يكون حيث لم يمكن العمل بشرط الواقف .

هذا ما قالوه فى المنقطع ، ومن الواضح أن حكم مسألة الجمع يتناول من مات قبل الاستحقاق ومن مات بعده . أما حكم مسألة المعينين بأسمائهم أو بما هو فى حكم التعيين بالأسماء فظاهر عباراتهم أن الكلام فيمن مات بعد الاستحقاق ولكن طريقتهم فى التدليل والتوجيه تقضى بأنه لا فرق فى هذا بين من مات بعد الاستحقاق ومن مات قبله وهو ما يمكن أن تحتمله بعض العبارات أيضاً ، فمن السهل أن نقول إن هذا مذهب الحنفية فيمن مات بعد الاستحقاق نصاً وفيمن مات قبله أخذاً . فلو وقف على نفسه ثم على قوم سماهم بأسمائهم أو على أقرب الناس إليه ، أو على من يكون موجوداً حين موته من أقربائه أو نحو ذلك ثم وثم وكان الترتيب جملياً فمات أحد المعينين فى الطبقة الأولى قبل موته كان نصيبه منقطعاً مصرفه الفقراء .

٣٦٦ – (٢) مذهب المالكية :

قال فى الرسالة ومن مات من أهل الحبس رجع نصيبه على من بقى . ونقل ابن عرفه قول مالك أن من حبس حائطاً على قوم معينين فكانوا يلونه ويسقونه

فمات أحدهم قبل طيب الثمرة فجميعها لبقية أصحابه، وإن لم يلوا عملها وإنما كانت تقسم عليهم الغلة فنصيب الميت لرب النخل، ثم رجع مالك إلى رد ذلك لمن بقى. وقال ابن الحاجب لو حبس على زيد وعمرو ثم على الفقراء، فمات أحدهما فحصته للفقراء إن كانت غلة وإن كانت كركوب دابة وشبهه فروايتان. وقال ابن عرفة فى نقل حظاً معين من طبقة بموته لمن بقى فيها أو لمن بعدها قولان، بالأول أفتى ابن الحاج وبالثانى أفتى ابن رشد وألف كل منهما على صاحبه. وعلى طريقة ابن رشد جرى خليل فى المختصر وقال «وعلى اثنين وبعدهما على الفقراء نصيب من مات لهم» ويكون معنى كلام الواقف وبعد كل منهما للفقراء. أما على طريقة ابن الحاج فيكون للباقى وكأنه قال وبعدهما معاً يكون للفقراء. والحكم عند المالكية واحد لا فرق فيه بين الطبقة المعينة بأسماء أهلها أو بالوصف والاختلاف بينهم فى الترتيب لا غير. هذا فى الوقف المؤبد، أما إذا كان وقفاً مؤقتاً ووقف على جماعة محصورة، قل عددهم أو كثر مدة حياتهم، أو مدة حياة زيد من الناس، أو عشر سنين، ولم يقل من بعدهم للفقراء أو غيرهم، فمن مات منهم انتقل نصيبه للباقى وإن كان واحداً، فإذا انقرضوا رجع ملكا. هذا إذا صرح بالتأقيت أما إذا وقف عليهم ولم يصرح بالتأقيت ولم يذكر بعدهم مصرفاً مؤبداً فكل من مات منهم يكون نصيبه لمن بقى فإذا انقرضوا رجع مرجع الأحباس[1].

٣٦٧ — (٣) مذهب الشافعية:

وقال فقهاء الشافعية لو وقف على أولاده أو ورثته ثم على الفقراء لا ينتقل إلى الفقراء شىء ما بقى ممن قبلهم أحد. ولو وقف على شخصين كهذين، ثم على الفقراء مثلا، فمات أحدهما فالأصح المنصوص أن نصيبه يصرف للآخر. وذهب بعض الشافعية إلى أن الواقف لو شرط أن يصرف من ريع وقفه لثلاثة معينين قدر معين ثم من بعدهم لأولادهم فمن مات من الثلاثة قبل انقراضهم يكون نصيبه منقطعاً فإذا ماتوا جميعاً صرف معلوم كل لولده، وقال إن محل انتقال نصيب الميت

---

(١) الدسوقى جـ ٤/٨٦ وما بعدها، الحطاب والمواق جـ ٦/٣٠ وما بعدها.

لمن سمى معه ما إذا لم يفصل الواقف معلوم كل . ولكن ابن حجر قد استبعد ذلك ، وقال إن كلامهم ، والمدرك ، يشهدان بعدم الفرق ، فالوجه انتقال نصيب من يموت من الثلاثة إلى الباقى منهم (١) .

٣٦٨ – (٤) مذهب الحنابلة :

فى شرح المنتهى أنه لو وقف على عدد معين كاثنين فأكثر ثم على المساكين فمات بعضهم رد نصيبه على من بقى منهم . وفى فتاوى ابن تيمية أن هذا المشهور فى قول الواقف على زيد وعمرو ثم على المساكين ، وهذا المشهور لا يتفق مع اختياره هو فى الترتيب وقال إنه الأقوى والأظهر . وفى شرح المنتهى أيضاً أن الواقف إن لم يذكر مآلا للوقف على عدد معين بأن وقف على زيد وعمرو و بكر وسكت فمن مات منهم صرف نصيبه لمن بقى خلافاً لما فى الإقناع ، وإن ماتوا جميعاً صرف مصرف المنقطع (٢) .

٣٦٩ – (ب) نصيب من يرد :

الحنفية قد سووا بين الرد والموت ، وجروا أيضاً على أصلهم فى المعينين بالوصف الجامع والمعينين بأسمائهم . فقالوا لو قال صدقة موقوفة على ولد عبد الله ونسله فأبى رجل من ولد عبد الله أن يقبل ما وقف عليه كان الوقف لمن بقى منهم ما بقى واحد وتكون الغلة لمن قبل دون من لم يقبل ، ويجعل هذا بمنزلة الميت ، ومن ردّ البعض وقبل البعض الآخر أو رد مدة وقبل أخرى عمل بمقتضى كل من قبوله ورده . ولو قال على عبد الله وزيد فقال عبد الله لا أقبل كان كمن مات ويكون لزيد نصف الغلة والنصف الآخر للمساكين ، ولا يشبه هذا الرد من بعض ولد عبد الله فى المسألة السابقة التى بقى فيها من ولد عبد الله من يستحق هذا الاسم فإن زيداً فى هذه المسألة لا يستحق الاسمين ، وهم لا يجعلون نصيب عبد الله للفقراء لكونهم الموقوف عليهم بل لأنه منقطع حتى لو قال على عبد الله وزيد فإذا

---

(١) تحفة المحتاج جـ ٢/٣٢٥ .

(٢) شرح المنتهى جـ ٢/٥٠٧ : فتاوى ابن تيمية جـ٤/٣ .

هلكذا فهى للفقراء فرد عبد الله كان النصف للفقراء مع أنه لم يجعل لهم حقاً فى الغلة إلا بعد انقراضهما لأن حصته ليس لها وجه ما كان الباقى منهما حياً وإذا كان كذلك كانت الغلة للفقراء . ولو قال على عبد الله وزيد وعمرو يسمى جماعة فأبى أحدهم أن يقبل تكون حصته للفقراء دون الباقى ويكون كمن مات . ولو قال على عبد الله ومن بعده على زيد ومن بعد زيد على المساكين ورد عبد الله كان رده كموته وكانت الغلة لزيد ، وإذا قبل عبد الله وقال زيد لا أقبل كانت الغلة لعبد الله حتى إذا انقرض كانت الغلة للمساكين [1] .

ومن هذا يعرف أنه إذا كان الوقف مرتباً ترتيباً أفرادياً فى نظر الحنفية كان نصيب من رد عندهم لمن بعده ، عين الموقوف عليهم بالوصف ، أو بالأسماء أو بما فى حكمها . وإذا كان مرتباً ترتيباً جملياً وكانوا معينين بالوصف سقط سهمه كما يقول الخصاف وهذا هو معنى العودة إلى أصل الغلة ، وإذا كانوا معينين بالاسم أو بما فى حكمه كان منقطعاً ، اللهم إلا إذا كان الواقف قد اشترط فى نصيب من يرد شيئاً خاصاً فإنه يعمل بشرطه ، ولو أنه لم يشترط شيئاً فى نصيب من يرد واشترط قيام فرع من يموت مقامه لا يكون لهذا الشرط أى أثر فى نصيب من رد لأن الواقف لم يسوّ بينهم فى أحكامه .

والحنابلة أيضاً جعلوا الرد كالموت وجروا على أصلهم فى المعينين بالأسماء فقالوا لو وقف على ثلاثة ثم على الفقراء فرد بعضهم كان نصيبه لمن بقى [2] .

٣٧٠ — (ج) نصيب من يحرم :

قال فقهاء الحنفية أنه لو وقف على بنى فلان ونسلهم على أنه له أن يحرم من شاء منهم ، وحرم واحداً منهم أو بعضهم أو حرمهم جميعاً إلا واحداً خرج من حرمهم من الوقف وكانوا كأنه لم يسمهم فى عقده وكانت الغلة كلها لمن بقى [3] .

وهذا واضح فى عودة نصيب المحروم إلى أصل الغلة ما دام الواقف لم يجعل

---

(١) هلال ، ص ١٦٦ — ١٧٠ ، الخصاف ، ص ١٣٩ ، ١٤٠ .

(٢) الفروع جـ ٨٦٨/٢ (٣) هلال ، ص ٣١٤

له وجهاً آخر . ولم أقف لهم على كلام فيما إذا كان الموقوف عليهم معينين بالأسماء وحرم بعضهم ، ولكن مقتضى أصلهم فى هـذه المسألة ألا يكون للباقين منهم ويكون منقطعاً . كما أنى لم أقف لهم أيضاً على كلام فيما إذا كان الوقف مرتباً ترتيباً أفرادياً وحرم السابق ، ومقتضى قولهم فى المحروم أنه بالحرمان صار كأن لم يسم فى عقد الوقف أن نصيبه ينتقل لمن بعده ، ولكن قائلين قالوا و يقولون أن البعدية فى الاستحقاق المرتب عند الحنفية بعدية موت وهو لم يجعل لمن يليه استحقاقاً إلا بعده أى بعد موته فما دام حياً لم يثبت لمن يليه حق و إن كان محروماً ، ألا ترى أن له أن يجعل الغلة لرجل بعد موت آخر غير مستحق ويصح هذا ولا يستحق الرجل ما جعل له إلا بعد أن يموت الآخر ، وهذا هو الحكم فى النظر المرتب ، فإذا أخرج السابق أو خرج لا يثبت النظر لمن يليه مادام سابقه حياً . ودعوى أن الترتيب فى استحقاق الريع ترتيب وفاة عند الحنفية إذا لم يصرح بذلك الواقف دعوى غير مسلمة يردها ما قالوه فى الرد إذا كان الاستحقاق مرتباً ، ولا زلت أرجح أن قواعد الحنفية وعباراتهم فى أشباه هذا ونظائره تقضى بانتقال نصيبه إلى من بعده ، وأنه لا فرق بين الموت والرد والحرمان .

وقالوا أن الواقف إذا شرط حرمان الموقوف عليه إذا أتى أمراً فأتاه وحرم لا يعود له الاستحقاق إذا زال سبب حرمانه . ففى الخصاف أنه لو وقف داره وجعل سكناها لبناته على أن من تزوجت منهن فلا سكنى لها فى هذه الدار فتزوجت واحدة منهن ثم مات زوجها أو طلقت واحتاجت للرجوع إلى هذه الدار فلا حق لها فى سكناها وقد بطل ما كان لها من ذلك . وقال الكمال : لو قال من خرج يسقط سهمه فخرج ثم عاد لا يعود سهمه كما لو وقف على الأيامى على أن من تزوجت سقط سهمها فتزوجت واحدة ثم طلقت لا يعود إلا إن كان قد نص على ذلك .

وفى كتابى هلال والخصاف أن الواقف إذا ناط استحقاق المستحق فى وقفه بوصف اتبع شرطه ، فإن كان الوصف مما لا يتحول كالعور والعمى ، أو كان مما

يزول ولا يعود كالصغر كان كالتعيين بالاسم ، فمن كان متصفاً بهذا الوصف عند الوقف استحق ، ولا يستحق من يتصف به بعد ذلك . وإن كان الوصف مما يزول ويعود ، كالفقر والحاجة والجوار والسكنى وأشباه ذلك ، دار الاستحقاق مع هذا الوصف . فاذا وقف على الفقراء أو المحتاجين أو ساكنى المدرسة الفلانية أو المدنية المعينة أو على جيرانه ، فمن تحقق فيه الوصف الذى أنيط به الاستحقاق استحق ، ومن لم يتحقق فيه أصلا أو كان متحققاً ثم زال عنه فإنه لايستحق ، وإن زال ثم عاد ، عاد له الاستحقاق [1].

وكان القضاء الشرعى يجرى ، فيا لو وقف عليها مادامت عزبا أو مالم تتزوج ، على أنها لو تزوجت حرمت ولا يعود لها استحقاقها إذا طلقت أو مات زوجها ، لأن هذا الكلام شرط فى المعنى وان لم يكن شرطا فى الصورة ، على أن صورته تدل على أنه من باب تأقيت الاستحقاق ، فافترق الوقف على هذا الوضع والوقف على غير المتزوجات الذى يدور الاستحقاق فيه مع الوصف وجوداً وعدماً لأنه أنيط به .

٣٧١ — وقال شيخ الإسلام ابن تيمية فى الفتاوى أن الاستحقاق المرتب فى الشرع وبالشرط فى الوصية والوقف وغير ذلك انما يشترط فى انتقاله إلى الثانى عدم استحقاق الأول ، سواء كان قد وجد واستحق ، أو وجد ولم يستحق ، أو لم يوجد بحال ، ولا يشترط فى انتقال الحق إلى من يليه أن يكون الأول قد استحق ، كما فى ترتيب العصبات الحاضنات ، فلو وقف على أولاده وذريته طبقة بعد طبقة وشرط أن يكونوا عدولا أو فقراء أو غير ذلك وانتفى شرط الاستحقاق فى واحد من الطبقة الأولى أو كلهم انتقل إلى من بعدهم متى كان متصفا بوصف الاستحقاق . وقال فى موضع آخر منها ان ابن الابن يقوم مقام أبيه فيا كان يستحقه لو عاش بعد

---

(١) هلال ص ٥٢ وما بعدها ، الخصاف ، ص ١٠٦ ، ١٣٠ ، الفتح جـ ٥ / ٤٩

موت الجد إذا كان هذا الابن لم يعش أو عاش ولم يستحق لمانع فيه أو لعدم قبول الوقف أو لغير ذلك [1]

ولا خلاف عند الشافعية فى عودة الاستحقاق بعودة الوصف إذا نيط به الاستحقاق ، أما إذا خرج مخرج الشرط أو التأقيت ، كالوقف على زوجته مالم تتزوج والوقف على ولده مادام فقيرا ، ففي عودة الاستحقاق بعودة الوصف بعد زواله اختلاف بين علمائهم ، فمنهم من نظر إلى الوضع اللغوى ورأى عدم عودة الاستحقاق ، ومنهم من لم ينظر إلى هذا وعول على مقاصد الواقفين وقال بالعودة كالماوردى والسمهودى [2] .

٣٧٢ — د — نصيب من بطل الايجاب له

فى الخصاف أنه لو وقف على رجلين ومن بعدهما على المساكين وكان أحدهما ميتاً جاز الوقف وكانت الغلة كلها للحى ، ولو أنه قال تكون غلتها بين فلان و بين فلان ومن بعدهما للمساكين وكان أحدهما ميتاً كان للحى النصف [3] .

فقد فرق بين جمل الغلة لهما وجعلها بينهما ، ولم أظفر بغير ذلك . ومنه يؤخذ أنه لو كان سبب بطلان الإيجاب أمراً آخر غير الموت لا يختلف الحكم فى الصورتين .

وفى شرح المنتهى الحنبلى أن وجود من لا يصح الوقف عليه كعدمه .

٣٧٣ — ﻫ — عدم وجود الطبقة المستحقة

قال الحنفية إنه إذا وقف على ولده أو نسله أو على من يحدث له من الولد ولم يكن له ولد صرفت الغلة للمساكين فإذا وجد له ولد عادت الغلة إليهم وكذلك الحكم لو كانوا ثم انقرضوا . وقالوا إنه لو وقف على مسجد أو مدرسة هيأ مكانها قبل أن يبنيها فالصحيح جواز الوقف وتصرف الغلة إلى الفقراء إلى أن تبنى فإذا بنيت ردت إليها الغلة .

---

(١) ج ٤ ص٣ وما بعدها ، ص ١٦

(٢) تحفة المحتاج ج ٢/٣٣٠ ، بغية المسترشدين ص ١٩٩ . (٣) ص ١٣٨

فالطبقة إذا لم توجد من الأصل صرف الريع إلى التى تليها ثم يعود لها الاستحقاق إذا وجدت .

وقالوا إذا وقف الذمى على بيعة ثم على الفقراء أو على غزو الروم ثم على الفقراء صح الوقف وصرفت الغلة إلى الفقراء لأن الوقف لم يصح على البيعة لأنه ليس قربة عندنا ولا على غزو الروم لأنه ليس قربة عندهم . فالطبقة إذا وجدت وبطل الإيجاب لها انتقل الريع إلى الطبقة المستحقة التى تليها وهذه ليس فيها عود بداهة .

وما قرروه فى زوال الوصف وعودته إذا نيط به الاستحقاق كما يجرى فى الأفراد يجرى فى الطبقات .

وقال هلال أنه إذا وقف على بنى فلان على أن له أن يحرمهم ثم حرمهم صرفت الغلة للفقراء . وفى هذا من البحث والمناقشة ما قدمته فى حرمان البعض .

وقدمت أنه لو وقف على عبد الله ومن بعده على زيد ومن بعد زيد للمساكين فإن رد عبد الله كانت الغلة لزيد وإن رد زيد كانت الغلة للمساكين . وفى هلال أنه لو جعل الغلة لفريق بعد فريق فلم يقبل فريق منهم كانت للفريق الذى يليه وأن رد الفريق كانقراضه .

فإذا ردت الطبقة جميعها انتقل الاستحقاق إلى الطبقة التى تليها سواء أكانت الطبقة التى ردت واحداً أو أكثر وسواء أكانت معينة بالأسماء أم معينة بالوصف[1] .

---

(١) قال بعض من كتبوا فى الوقف بعد صدور هذا القانون أنه لو وقف على أولاده محمد وأحمد وابراهيم وفاطمة ثم من بعدهم على أولادهم فمن رد من هؤلاء الأربعة بطل استحقاقه ويكون منقطع المصرف عند الحنفية فيعطى للفقراء ولا يعطى لباقى إخوانه ولا لأولاده حتى يموت الأربعة . وكذلك الحكم إذا ردوا الوقف جميعاً يبطل استحقاقهم ويكون منقطع المصرف فيصرف ريعه للفقراء لا لأولادهم حتى يموتوا جميعاً فينتقل الاستحقاق إلى أولادهم ، وبنوا هذا على أن قول الواقف ثم من بعدهم على أولادهم المراد منه ثم من بعد موتهم فما دام واحد من الأولاد الأربعة حياً لا يستحق أولادهم. هذا ما قاله ، وهو لا شك اشتباه وسبق نظر . فإن ما ذكره عن رد الجميع حكما وتوجيها لا يتفق مع ما نص عليه الحنفية صراحة ولا مع التوجيهات التى ذكروها . والترتيب عندهم بالنسبة للرد ترتيب استحقاق ، وهو عندهم كالموت سواء بسواء.

هذه هى أحكام مذهب الحنفية فى الترتيب بالنسبة للطبقات وهو ترتيب استحقاق فى حالات عدم الوجود ، والانقراض ، و بطلان الاستحقاق ، وزوال الوصف الذى أنيط به الاستحقاق وعودته ، والرد ، أما مسألة الحرمان فهى محل اشتباه . ومع أحكامهم هذه لا أرانى فى حاجة إلى نقل أقوال الفقهاء الآخرين هنا ويكفينى أن أشير إلى القول الجامع الذى سبق نقله عن الإمام ابن تيمية ففيه السند الكافى لحكم هذا القانون فى محل الاشتباه .

٣٧٤ — وبمقارنة أحكام هذه المواد الثلاث بمذهب الحنفية يتضح أن الشارع لم يعدل عنه إلى غيره عدولا حقيقياً إلا فى مسألة الانقطاع فى جميع الأحوال ، وقد أخذ فيها بأحكام المذاهب الثلاثة ، وفى عودة نصيب المحروم إليه بدون شرط من الواقف وقد أخذ فيها بأحد قولى الشافعية . أما عودة المسكوت عنه إلى أصل الغلة فهو حكم يكاد يكون محل اتفاق عند الحنفية ، وأما عودته إلى غلة الحصة التى كان يستحق فيها خاصة فليس أخذاً بأحكام مذهب آخر ولا عدولا عن قول راجح إلى مرجوح ، وإنما هو أخذ بأحد الآراء والأفهام المستمدة منه ، وكان يعمل بها كما كان يعمل بغيرها ، فالقانون فى الواقع لم يثبت استحقاقاً لم يكن ثابتاً بل أكده ورفع الخلاف فيه ولهذا المعنى أثره فى تطبيق المادة ٥٩ . أما مسألة الحرمان فإنه رفع ما فيها من الاشتباه واختار فهماً فى أقوال الحنفية يتفق مع ما قرره الإمام ابن تيمية .

٣٧٥ — والأحكام التى تقررها هذه المواد الثلاث لم تكن محل خلاف فى جوهرها ومجموعها فى جميع المراحل التى مرّ بها هذا القانون . وكل ما فى الأمر أن المشروع الأول كان مشتملا على حكم لبطلان استحقاق بعض الطبقة بإطلاق وأقره مجلس الشيوخ فى العرضة الأولى كما وضع ، ولكن لجنة التنقيح عدلت الصياغة رغبة فى الايجاز فكان صنيعاً حسناً ، ولكنها أصرت على أن يقتصر بطلان الاستحقاق لبعض الطبقة على البطلان بسبب الرد ، ولم استطع أن أفهم

وقتها سر هذا ولا زلت غير عارف به . ومن مقارنة نصوص هذه المواد بنصوصها في المشروع الأول يتضح هذا كما يتضح التعديل اللفظي[1] .

(١) نص المواد المقابلة للمواد الثلاث فى المشروع كما اقرها مجلس الشيوخ فى العرضة الاولى هو :

مادة ٣٤ ــ اذا مات مستحق وليس له فرع يليه فى الاستحقاق عادت حصته الى غلة الوقف الذى كان يستحق فيه .

واذا كان الوقف مرتب الطبقات وجعل الواقف نصيب من يموت او يحرم من الوقف او يبطل استحقاقه فيه لمن فى طبقته او لأقرب الطبقات اليه كان نصيبه لمن يكون فى طبقته من أهل الحصة المستحق فيها .

مادة ٣٥ ــ يكون حكم نصيب من حرم من الاستحقاق او انتهى استحقاقه حكم نصيب من مات ويعود النصيب الى المحروم عند زوال سبب الحرمان .

مادة ٣٦ ــ اذا كان الوقف مرتب الطبقات ولم يوجد احد فى طبقة منها صرف الريع الى الطبقة التى تليها الى ان يوجد احد من اهل تلك الطبقة فيعود الاستحقاق اليها .

واذا بطل استحقاق طبقة صرف الريع للطبقة التى تليها . واذا بطل استحقاق بعض أفراد الطبقة صرفت حصته الى من يليه فى الاستحقاق ، فان لم يوجد رجعت لحصة اصله فان لم يكن لحصة أصله مستحق رجعت لحصة الذى يليه .

وقد ادمجت لجنة التنقيح انتهاء الاستحقاق فى الحرمان ، وارادت من الوجود الوجود الاستحقاقى فاستغنت به عن تفصيل احكام البطلان بالنسبة للطبقة ، ولكنها قصرته فى الافراد على الرد .

٧ – نقص الاستحقاق وانعدامه

٣٧٦ – إذا جعل الواقف للموقوف عليه جميع الاستحقاق فى وقفه، أو فى حصة معينة من أعيانه، أو جعل له سهماً محدداً فى الاستحقاق، أو كان سهماً يزيد وينقص تبعاً لزيادة الموقوف عليهم ونقصهم، أو جعل له نصيباً من الاستحقاق غير ثابت القدر كالباقى بعد مقادير معينة اشترط صرفها من الريع، فقد يسلم له فى جميع هذه الأحوال ماجعل له من الاستحقاق كاملا وإن كان مقدار ما يصيبه من الغلة كل مرة قد يزيد وقد ينقص تبعاً للظروف والأزمان ولأحوال الأعيان الموقوفة. وقد ينقص مقدار ما جعل له من الاستحقاق لبطلان الوقف نفسه فى بعض الأعيان لكونها كانت موقوفة من قبل، أو لاستحقاقها، أو تبين أنها لم تكن حين وقفها مملوكة للواقف، أو لبطلانه بإبطال الوارث له فيما وقع متوقفاً على أجازته، أو لبطلان بعض ماجعل له من الاستحقاق، مع كون الوقف وقع صحيحاً، مراعاة لحقوق أصحاب الاستحقاق الواجب، أو لضياع بعض الأعيان بهلاكها أو استهلاكها أو اغتصابها مع عدم القدرة على استردادها أو الوصول لقيمتها أو لبيعها وفاء للدين.

وقد ينتهى الاستحقاق كله ويزول بتاتاً لسبب من الأسباب السابقة أو لانتهاء الوقف طبقاً لأحكام هذا القانون.

وإذا جعل له مقداراً معلوماً من الريع فإنه لا يزيد بحال، اللهم إلا فى الحالة المنصوص عليها فى آخر المادة ٤١، وقد ينقص أو ينعدم بسبب تقصير الغلة أو انعدامها أو لسبب آخر من الأسباب السابقة.

وهذا القانون قد بين هنا أحكام نقص المرتبات لتقصير الغلة ونقص الأعيان، وأحكام نقص الاستحقاق بوجه عام أو انعدامه بسبب استيفاء الدين من الأعيان الموقوفة.

أ — المرتبـــات

معنى المرتب :

٣٧٧ — طرق الواقفين فى ترتيب الاستحقاق وتوزيعه على الموقوف عليهم ، والبواعث والأغراض التى تحمل كلاً منهم على سلوك ما يختاره كثيرة ومتشعبة . وأكثر هذه الأوضاع مما يصح أن يطلق على الاستحقاق فيها اسم المرتب لغة (١) .

---

(١) المرتب اسم مفعول من رتّب ، كما أن الراتب اسم فاعل من رتَب ، فهما فى الأصل من الأوصاف ، وقد غلب معهما حذف الموصوف واستعمالهما استعمال الأسماء . ومعنى هذه المادة فى اللغة هو الثبات والدوام . يقال رتب الشىء يرتُب رتوبا ، وترتب ، ثبت فلم يتحرك . ويقال رتب رتوب الكعب اذا انتصب انتصابه . ويقال رتبه ترتيبا اذا اثبته . وعيش راتب اى ثابت دائم . وأمر راتب اى دار ثابت . ويقال ارتب الغلام الكعب ارتابا اذا اثبته . ومعنى المادة فى اللغة لا يحتم وجود الشىء المرتب كل لحظة ، ولا يابى ان يكون متجددا ، دوريا كان أو غير دورى . ومرد ذلك الى طبيعة الشىء المرتب وما يحيط به ، ويكون الدوام فى كل شىء بحسبه ، فالشىء المرتب قد يكون ثابتا لا يتغير ، كالكعب المرتب والمحكمة المرتبة ، والامام الراتب ، والمدرس الراتب ، وقد يكون متجددا ودوريا ، كالصلوات المرتبة والدروس المرتبة والجلسات المرتبة والرزق المرتب فى مال أو تركة أو وقف . والدوام والثبات فى الأمور المتجددة قد لحظ فيه النوع لا الجزئيات . ومعناها فى اللغة ايضا لا يابى أن يكون الترتيب فى مقابل .

اما الفقهاء والموثقون ومن اليهم فقد استعملوا فى الوقف وفى غيره كلمات : المعلوم ، والمرتب ، والراتب ، والوظيفة ، والجراية ، والجامكية . وقد نقل البيرى فى شرحه على الأشباه ان الجامكية كالعطاء غير ان العطاء يكون كل سنة والجامكية تكون كل شهر ، أما معانى الكلمات الباقية فهى مبينة بالأصل . وقانون الوصية قد استعمل أيضا كلمة المرتبات واراد منهما المقادير المعينة الدورية التى ليست سهاما ولا حصصا وهى فى الوصية تبرع . والقانون المدنى المصرى القديم قد أطلق اسم المرتب (المواد ٤٧٩ — ٤٨١) على ما يدفع دوريا على التأبيد أو لمدة الحياة ، كان بعوض او تبرعا . أما القانون المدنى الجديد فقد أطلق اسم الدخل الدائم (المواد ٥٤٥ — ٥٤٨) على مبلغ معين من النقود او مقدار معين من المثليات تعهد شخص بادائه دوريا على الدوام الى شخص آخر وخلفائه ، وهذا التعهد قد يكون من طريق المعاوضة أو التبرع او الوصية ، وادخل هذا التعهد ضمن العقود التى تقع على الملكية ، واطلق اسم المرتب (٧٤١ — ٧٤٥) على المرتب مدى الحياة . وهو المرتب الدورى الذى يلتزم شخص بادائه الى شخص آخر مدى الحياة بعوض او بغير عوض ، بعقد او بوصية . وادرج هذا الالتزام ضمن عقود الغرر . وقد جاء بمذكرته التفسيرية أن خاصية المرتب أن يكون معقودا بحياة شخص معين . فهو لا يشمل الدخل الدائم فى اصطلاحه ولا المرتب الذى قرر لمدة معينة .

أما فقهاء العصور الأولى فما وجدت أن أحداً منهم استعمل اسم المرتب فى الاستحقاق أيا كان نوعه ، ووجدت هلالا والخصاف من أئمة الحنفية يستعملان « الوجوه المسماة » و « التسمية » فى ترتيب الاستحقاق بوجه عام ، ووجدتهما يستعملان عبارتى « الأرزاق المعلومة » و « المال المعلوم » فى غير السهام من المقادير المعينة الدورية ، وصنيعهما يدل على استعمال ذلك فيما جعل بدون مقابل وفيما جعل نظير القيام بعمل ، وعلى مر الزمان اختصر القول واستغنى بالوصف عن الموصوف وشاع استعمال « المعلوم ، والمعاليم » فى هذا المعنى .

وفى العصور التالية استعمل الفقهاء ومن إليهم اسم المرتب فى المقدار المعين من الاستحقاق فى الوقف الذى ليس حصة ولا سهماً ولا فاضلا ، أجراً كان أو غير أجر ، كما يعرف ذلك من الرجوع إلى كتاب الوقف من فتاوى ابن تيمية وإلى الكتب المعاصرة لها والتى جاءت من بعدها . وتبعاً للاصطلاح والعرف قسم المتأخرون من فقهاء الحنفية المعاليم إلى وظائف[1] ومرتبات ، وأطلقوا اسم الوظائف على المعاليم التى تعطي فى مقابلة الخدمة ، واسم المرتبات على المعاليم التى تعطى مجاناً[2] .

= ومعنى المرتبات فى لغة الميزانية المصرية معروف ، أما معناها العرفى فى ديارنا اليوم فانه يختلف باختلاف البيئات والأعمال حتى أن العسكريين ليطلقون المرتب على أشخاص الضباط والجند .

(١) الوظيفة لغة ما يقدر فى اليوم من طعام أو رزق ، وما يقدر للدابة من العلف ، وما يقدر على العامل كل يوم من عمل ، والقسط من الخراج ، والعهد والشرط . وتجمع على وظائف ووُظُف . ومن المجاز للدنيا وظائف أى نوب ودول . والتوظيف تعيين الوظيفة ، ويقال وظف له الرزق ووظف عليه العمل والخراج .

(٢) قال الحموى فى حاشية الاشباه (جـ/١٤٣) المراد بالوظائف اعطاء المعاليم للأشخاص فى مقابلة الخدمة ، وبالمرتبات اعطاؤها لافى مقابلة الخدمة ، بل لصلاح المعطى أو علمه أو فقره ، وتسمى فى عرف الروم بالزوائد . وفى تعليقات الانقروية (جـ١\٢٣١) المراد بالمرتبات فى اصطلاحهم أحداث المعاليم للأشخاص لافى مقابلة الخدمة بل مجانا لصلاح الشخص أو علمه وتسمى فى عرف الروم بالزوائد . والاقتصار على الأشخاص ، وعلى العلم والصلاح والفقر ، والتعبير بالأحداث ، كل هذا ليس الغرض منه الحصر والتخصيص وانما هو أمر اقتضاه المقام حيث كان الكلام فى احداث غير الواقف مرتبات للأشخاص .

وبالبحث لم أهتد إلى أن هذا الاصطلاح قد طرأ عليه فى الاستعمال الفقهى عندهم تغيير حتى الآن. أما الواقفون فى زماننا هذا وفيما سبقه من الأزمنة التى استطعنا الوقوف على كتب أوقافها فليس لهم فى هـذا المقام استعمال منضبط ولا عرف مطرد، فمنهم من أطلق المرتبات على ما يشمل الوظائف، ومنهم من أطلق الوظائف على ما يشمل المرتبات. كما أنى لا أعرف أن أحـداً، قديماً أو حديثاً، أطلق المرتبات على المقادير المعلومة من الغلة التى يشترط إنفاقها فى مصالح الوقف نفسه، ووجدتها لا تطلق بأى استعمال إلا على ما جعل لموقوف عليه.

٣٧٨ – هـذا هو معنى المرتب فى الاستعمالين الفقهى والعرفى، سواء أكان ترتيبه من الواقف أم كان من غيره[١]. وهذا القانون قد عرض لبعض أحكام المرتبات التى جعلت من الواقف لموقوف عليهم، ولم يشأ أن يحدد معنى المرتب، وليس هناك عرف مضطرد يمكن أن يحمل عليه، فلا مرجع إذن لتحديد معناه إلا الاستعمال الفقهى الأخير عند الحنفية. فالمرتبات فى نظر هذا القانون هى المعاليم التى تجعل لموقوف عليه ولم تجعل له على سبيل الأجر بل كانت على سبيل الصلة والبر به أو على سبيل الصدقة أو إرادة الخير والنفع العام. فالاستحقاق فى الوقف لا يسمى مرتباً إلا إذا اكتملت فيه العناصر الآتية: أن يكون مقداراً من المـال، وأن يكون معينـاً، وأن يكون متكرراً، وأن يكون دورياً، وألا يكون قد جعل أجراً، وأن يكون لموقوف عليه لا لمصلحة الوقف نفسـه.

---

(١) غيره قد يكون الناظر وقد يكون القاضى، ارجع الى ما تقدم فى شرح المادة ١٩ (٣٤٥، ٣٤٦)، وقال ابن نجيم فى الاشباه انه سئل عن تقرير القاضى المرتبات فى الأوقاف فأجاب بأنه ان كان فى وقف مشروط للفقراء فالتقرير صحيح، وكان قد ذكر قبل ذلك ان احـداث المرتبات فى الاوقاف محرم وهو قطعا لا يعنى بها أوقاف الفقراء. وقال الحموى فى حاشية الاشباه ان بلية احداث المرتبات حدثت سنة ٩٩٢ هـ فقد جاء قاض اسمه عبد الله من بلد السلطان ومد يده واطلق العنان لقلمه ولم يبق وقفاً الا قرر فيه، الا ماشذ، وجاء قاض من بعده وفعل ذلك الا انه كان دونه، ثم جاء آخر فدمر الأوقاف تدميرا (حـ١\١٥٩).

٣٧٩ – (١) كونه مقداراً من المال .

لا يطلق اسم المرتب على ما جعل للموقوف عليه إلا إذا كان مقداراً من المال يأخذه من غلة الوقف . فلو جعل جميع استحقاق وقفه أو حصة منه لمصرف معين ، أو سمى له سهماً معلوماً من غلة الوقف أو بعضه ، أو وقف عليه وعلى غيره بحيث يكون له سهم من الغلة ، أو شرط له فاضل الغلة بعد مقادير اشترط البدء بإخراجها ، فإن شيئاً من هذا لا يسمى مرتباً .

وليس من شرط صحة إطلاق اسم المرتب على المقدار أن يكون نقداً ، فكما قد يكون من النقد قد يكون من غيره مثلياً كان أو غير مثلى ، و يستوى أن تكون غلة الوقف من النقد أو من غيره كما سيأتى إيضاح ذلك .

والمنافع ليست من المال فى العرف الفقهى ، فاشتراط السكنى لموقوف عليه فى عين من أعيان الوقف أو إقامته فيها مدة معلومة من كل شهر أو كل سنة ، أو انتفاعه بالأعيان الموقوفة باستمرار أو مدة معينة كل شهر أو كل عام لا يدخل فى باب المرتبات ، و يستوى فى هذا ما إذا أراد الموقوف عليه استيفاء السكنى المشروطة له وما إذا أراد استعمال الحق الذى خوله له هذا القانون من استغلال الموقوف للسكنى ، لأنه فى حالة الاستغلال لا يعدو الأمر أن يكون حصولا على غلة عين معينة على الدوام أو لمدة محدودة .

٣٨٠ – (٢) التعيين

والمرتب لا يطلق إلا حيث يكون المقدار المسمى من المال معلوماً ، أى معيناً محدد القدر ، أما إذا كان مجهول المقدار فإنه لا يسمى مرتباً . والتعيين يكون حقيقياً ، ويكون حكمياً .

والتعيين الحقيقى يكون بذكر مقدار محدد . وهذا المقدار قد يكون من النقد وسيان إذن أن تكون الغلة من النقود ، و يكون ذلك فى حال الاستغلال من طريق الإجارة بالنقد ، وألا تكون من النقد ، بأن كانت العين الموقوفة مؤجرة بأجرة ليست نقداً أو كانت أرضاً تزرع لجهة الوقف ، و يستوى أيضاً ما إذا شرط صرف

هذا القدر من النقد إلى الموقوف عليه أو شرط إنفاقه فيما يدفع له ، كمن يشترط أن يصرف كل يوم أو شهر أو سنة مقدار معين من النقد فى شراء وصنع ما تحتاج إليه دار ضيافته أو فى شراء خبز للقراء أو طلبة العلم أو فى شراء أضاحى أو نحو ذلك .

وقد يكون هذا المقدار من غلة الوقف أو ماله كما لو شرط أن يصرف كل شهر أو سنة من غلة أرض الوقف التى تزرع قدر معلوم مما تخرج من الحب أو من الزيت الذى يستخرج من سمسمها أو ثمار أشجارها . وليس حتما أن يكون المال من المثليات فقد يكون من القيميات كما لو اشترط أن يضحى كل عام بعدد معين من أغنام الوقف أو ماشيته .

٣٨١ — وإذا لم يحدد الواقف مقداراً معيناً ولكنه ذكر أساساً ثابتاً ومعياراً منضبطاً يمكن الاعتماد عليه فى التقدير كان هذا تعييناً حكما وإن كان المقدار يختلف فى بعض الأوقات عن البعض الآخر تبعاً لتغير الأحوال . وذلك كما لو شرط أن يعطى لكلٍ من أشخاص معينين ما يفى بنفقة أمثاله أو نفقة كفايته من طعام وأدام وملبس وسكنى ، فهو لم يعين مقداراً من المال ولكنه جعل للتقدير معياراً منضبطاً فصار فى حكم المعين وإن كان المقدار قد يزيد وينقص تبعاً لغلاء الأسعار ورخصها . وكمن اشترط أن يصرف من ريع وقفه كل سنة ثمن كساوى لأولاده وأولاد أولاده ذكوراً وإناثاً وزوجاته وأولاد أخ له بقدر ما يليق لكل واحد منهم . وكمن اشترط أن يصرف كل يوم كذا أقة من خبز البُرّ النقى لطلبة علم معينين أو لقراء معينين . وكمن اشترط أن يعطى لكل واحد من أشخاص معينين كذا إردباً من البر أو الذرة أو الشعير على أن يشترى هذا القدر ويدفع إليه . وكمن اشترط أن يعطى فى كل عيد من العيدين لكل شخص من أشخاص معينين أقمشة معينة . وكمن اشترط أن ينفق فيما يحتاج إليه مسجد معين من وقود وفراش وإقامة شعائر . وكمن اشترط أن يصرف فى كل عام ما يلزم لنفقات حج عدد معين من أهل بلد معين . وكمن اشترط شراء عدد معين من الأضاحى كل عام ويبين جنس هذه الأضاحى ونوعها وسنها .

فكل هذه الأمور وأشباهها ليست من قبيل للعين حقيقة لأن ما ينفق فيها يزيد تبعاً للظروف ولكنها من قبيل المعين حكما لذكر معيار ثابت منضبط يمكن أن يتخذ أساساً للتقدير .

٣٨٢ — والمعتبر فى التعيين بنوعيه هو مايرد فى كلام الواقف دون غيره . فإذا سمى مقداراً معلوماً أو ذكر معياراً منضبطاً كان ما شرطه معيناً وأن طرأ عليه بعد ذلك مايجعله غير معين ولا منضبط . فلو جعل ريع وقفه أو حصة من أعيانه لمصارف خيرية أو أهلية وسمى لكل منها مقداراً معلوماً ثم ظهر أن الغلة لاتفى بهذه المقادير وكانت تقسم بين هذه الجهات بالمحاصة وكانت الغلة مع هذا تارة تزيد وتارة تنقص حتى أصبح ماتستحقه كل جهة فى كل مرة ليس ثابتاً ولا معلوماً ، أو شرط لجهة كل سنة مائة فى غلة وقفه ونقص هذا القدر بسبب تقصير الغلة أو بسبب قسمة العول الآتية وصار ماينال هذه الجهة كل عام غير معروف القدر لعدم ثبات الغلة ، فان شيئاً من ذلك لايكون ماساً بالتعيين لأن المقدار المشروط معين والمجهول هو المقدار المتناول .

ولا يضر التعيين أيضاً أن يردد الواقف بين مقادير معينة فى أحوال مختلفة ، كما لو اشترط أن يعطى لتابعه كل شهر مائة إذا كان عزبا ، ومائتان إذا كان متزوجا لاولد له ، وثلاثمائة إذا كان متزوجا وله ولد ، فان الأحوال معينة وما شرط فى كل حال محدد ومعلوم .

ولا يمس التعيين أيضاً أن يزيد المقدار المعلوم أو ينقص عن حاجة المصرف الذى شرط صرف هذا المقدار فى حاجته كما لو شرط أن يصرف كل شهر خمسون جنيهاً فيما تحتاج إليه دار ضيافته فلم يف هذا بحاجتها أو زاد عليها . ولا يخرج المقدار المعين عن نطاق التعيين أن يبين له مصرفا يكون من أفراده ماله مقدار معين ومنها ماليس له قدر معين ، كما لو شرط أن ينفق من الغلة كل شهر مقدار معين فيما تحتاج إليه داره من قهوة البن ومن أجرة رجل يقوم باعداد هذه القهوة وآخر يقوم بتقديمها للواردين ، وسمى لكل منهما أجراً معيناً ، وفى أجرة عدد

معين من القراء يقرأون فيه كل يوم وعدد آخر يقرأون فيه أيام الأعياد والمواسم وفى معونة بعض المحتاجين حسبما يراه الناظر و يؤدى إليه اجتهاده ، أو كما لو شرط مرتباً معلوماً لأخوته ولأولادهم وذريتهم على أن يكونوا مشتركين أو مرتبى الطبقات فى الاستحقاق ، فكل مستحق منهم ليس له مرتب بل له سهم من المرتب قد يزيد وقد ينقص ولكن هذا لايخرج ماشرط لهذه الجهة عن أن يكون مرتباً .

٣٨٣ — أما إذا لم يذكر الواقف مالا معلوماً ولم يأت بمعيار ثابت منضبط يعتمد عليه فى التقدير والتعيين فان ماشرطه لايكون معيناً ولا يسمى فى الاصطلاح مرتباً ، إذ المرتب اصطلاحا هو المعلوم ، فلا بد أن يكون معلوماً بقدره أو بمعياره . فلو شرط الواقف أن يتصدق المتولى على وقفه من غلته أيام الجمع والأعياد والمواسم من كل عام بما يراه ويؤدى إليه اجتهاده ، أو شرط أن ينفق على دار الضيافة ماتحتاج إليه ، أو شرط الإنفاق فى تجهيز ودفن من يموتون فى قريته من الغرباء والفقراء أو فى تجهيز كل من تريد الزواج من الفقيرات ، أو شرط الإنفاق فى إصلاح مسجد معين وعمارة مبانيه كلما احتاج إلى ذلك أو فى عمارة أعيان أخرى ليست من أعيان هـذا الوقف موقوفة كانت أو غير موقوفة ، فان شيئاً من هذا لا يكون مرتباً لأن المقدار غير معلوم والمعيار غير منضبط ، فإرادة الناظر واجتهاده لاضابط لها ، ودار الضيافة قد لايغشاها زائر فى بعض الأوقات فلا تحتاج إلى شىء وقد تحتاج إلى القليل فى أوقات أخرى وقد تتزايد الضيفان حتى لا يكفيها إلا الكثير فحاجتها ليست معياراً منضبطاً ، وكذلك الحال فى العمارة وتجهيز المتزوجات والموتى . وكذلك لو شرط أن يخرج من ريع وقفه مقادير معلومة لمصارف معينة وما بقى بعد ذلك منه يكون لمصرف أو مصارف أخرى أهلية أو خيرية فان الغلة تزيد وتنقص ولا يدرى مايأتى منها كل مرة وقد يبقى منها شىء وقد لا يبقى فهذا الباقى ليس معيناً لابالقدر ولا بالمعيار فهو مجهول

٣٨٤ – (٢) التكرار :

ولا يكفى لإطلاق اسم المرتب أن يكون الواقف قد سمى مقداراً من المال معيناً أو فى حكم العين ، بل لابد أن يكون متكرراً ، أى اشترط إخراجه نفسه من الريع أكثر من مرة ، فإذا تعدد الإخراج وكان إخراجاً لمقدار واحد توافر التكرار . كما لو شرط لشخص مقداراً معيناً كل يوم أو كل جمعة أو كل شهر أو كل سنة بإطلاق أو لمدة معينة ، أو شرط له النفقة اللائقة به كل شهر أو كسوته كل ستة أشهر بإطلاق أو لمدة معينة ، أو شرط مبلغاً معيناً يعطى كل شهر أو سنة لفلان ثم لذريته إلى انقراضهم ثم لغيرهم وهكذا ، أو شرط مبلغاً معيناً كل سنة لمدة معينة يعطى فى السنة الأولى لفلان أو الجهة الفلانية وفى السنة الثانية لفلان آخر أو جهة أخرى وفى الثالثة لثالث أو جهة ثالثة وهكذا ، أو شرط كل سنة مقداراً معيناً ينفق فى جهاز من تتزوج من ذريته يدفع لها من ذلك مقدار معين أو المقدار الذى يليق بها ، أو شرط إنفاق هذا المقدار فى نفقة من يحج من الفقراء أو من فقراء قريته ، أو شرط صرفه كل سنة لمن يكون أول الناجحين فى الامتحان للحصول على شهادة معينة . ومتى تعدد الإخراج وكان المقدار واحداً لا يخل بمعنى التكرار أن يتناوله هذا مرة وذاك مرة أخرى فإن تكرار تناول شخص واحد أو جهة واحدة ليس من مفهوم معنى المرتب المنتزع من معنى المعاليم .

٣٨٥ – وقد يكون ظاهر الشرط غير مفيد للتكرار ولكنه متحقق فى الواقع ونفس الأمر ، كما لو شرط أن يؤدى دينه أو دين آخر من ريع وقفه وكان هذا الدين منجماً على نجوم شهرية أو سنوية ولا يكون أداؤه إلا على هذا الوجه ، فإن هذا يكون من المرتب ، ويستوى هذا الشرط فى المعنى هو واشتراطه أن يدفع من الريع كل شهر أو كل سنة النجم الذى يحل من دينه أو من دين فلان .

٣٨٦ – ولابد أن يكون التكرار متيقناً ، أما إذا كان من المحتمل أن يكون وألا يكون فإنه لا يعتد به ولا يطلق اسم المرتب على المقدار المعين الذى يكون تكراره محتملا وأن أوهم ظاهر الشرط أنه من قبيل المرتب كمن وقف وشرط أن تعطى بنته المسماة كل سنة خمسين جنيهاً من ريع خمسة أفدنة من الأعيان الموقوفة

على ألا يكون لها حق فيما زاد على ذلك من ريع هذه الأفدنة وإذا نقص ريعها عن المقدار المسمى استحقته جميعه ولا حق لها فيما عداه من ريع الوقف. فهذا الواقف قد جعل لبنته ريع هذه الأفدنة إذا كانت مساوية للخمسين أو أقل منها وشرط لها الخمسين مرتباً فى هـذا الريع إذا زاد عنها ، فهو قد ردد بين استحقاقهما فجعله تارة كل الغلة وتارة مرتباً ، وأحوال الغلة مختلفة وخاضعة لعوامل عدة ، فمن الجائز ألا يكون استحقاقها كمرتب أصلا ومن الجائز ألا يكون كذلك إلا مرة واحدة ولا يتكرر ومن الجائز أن يتكرر أخراج هذا المبلغ ، فلم يكن التكرار متيقناً فلا يسمى استحقاقها مرتباً للشك فى تحقق خاصة من خواصه وهى التكرار .

٣٨٧ – وإذا لم يتكرر الاخراج أصلا لا يسمى المقدار المعين مرتباً ، كما لو شرط أن يعطى من الريع مقدار معين دفعة واحدة لشخص أو أكثر، أو شرط إنفاقه فى معونة حملة عسكرية أو فى إنشاء مصحة أو مدرسة أو مسجد أو مقبرة خاصة أو عامة ، أو شرط أن تعطى بنت مُسماة منه مقداراً معينا حين زواجها لتنفقه فى جهازها ، أو شرط إنشاء مصحة أو مدرسة أو نحو ذلك من الريع إن لم يقم بذلك فى حياته و بين أوصافا معينة تجعل المقدار فى حكم المعين وكان الريع يكفى لإخراج ذلك دفعة . ومن هذا القبيل أيضاً ما لو اشترط أن يعطى شخص معين ما يكفى لنفقته سنة واحدة ولم يجعل إخراج ذلك من الغـلة منجماً فإن المشروط فى حكم المعين وإخراجه من الغلة ليس متكرراً وإن كان إنفاقه ممن شرط له لا يمكن أن يكون دفعة واحدة ولـكن هذا لا يقتضى تكرار الإخراج ، والفرق واضح بين هذا و بين ما لو شرط إعطاءه كل شهر ما يكفى لنفقته لسنة معينة .

٣٨٨ – وإذا تكرر الإخراج من الريع ولـكنه لم يكن إخراجاً لمقدار واحد بل لمقادير مختلفة لم يكن ذلك أيضاً من قبيل المرتب ، تساوت هذه المقادير أو تفاوتت ، كما لو اشترط أن تعطى كل بنت من بناته أو من ذريته مقداراً معيناً حين زواجها لتتجهز به ، أو شرط لـكل منهن ما يكفى لإعداد جهاز يليق بها ، أو شرط أن كل من مات فقيراً فى قرية معينة ينفق عليه من الريع مقدار معين

فى تجهيزه ودفنه أو ينفق عليه ما يكفى لتجهيزه ودفنه ، أو شرط أن كل من سافر من ذريته أو أقاربه لطلب العلم يعطى عند سفره قدراً معيناً أو يعطى بقدر ما يكفي لحاجات سفره وإبلاغه مقر الطلب ، ففى هذه الشروط وأشباهها تكرر الإخراج من الريع ولكنه ليس إخراجاً لمقدار واحد ، إذ أنه لم يشترط مقداراً يتكرر لجهة تضم هؤلاء ولكنه شرط لكل منهم قدراً، ألا ترى أنه قد يوجد فى وقت واحد عدد من المتزوجات أو من الموتى أو من المسافرين لطلب العلم ويستحق كل ما شرط له وهو غير ما شرط للآخر وقد يكون مساوياً له وقد يكون أقل أو أنقص ، ومن هذا وضح الفرق بين هذا وبين ما لو شرط إخراج مقدار معين سنوياً لينفق فى تجهيز المتزوجات أو الموتى أو المسافرين لطلب العلم، فالمقدار المشروط واحد متكرر قد شرط لجهة من الجهات ، ولا يخل بوحدته وتكرره أن هذه الجهة الواحدة قد تناولت أفراداً .

٣٨٩ — (٤) الدورية .

ولا بد أن يكون المقدار المعين المتكرر دورياً حتى يمكن أن يسمى مرتباً ، فإن هذا هو الذى يمليه عرف الناس من قديم فى المعاليم التى أطلق عليها اسم المرتبات ، وهو ما استقر فى الأذهان بعصرنا عن المرتبات فى الأوساط الشرعية والقانونية ، وهو الذى عناه الشارع هنا قطعاً فإنه قد نص فى متن القانون على تقديرها بالنسبة للغلة وعلى أنها تنقص بنسبة ما ينقص من أعيان الوقف وصرح فى المذكرة التفسيرية بأنها تعتبر كالسهام وكل هذا لا يمكن أن يكون إلا إذا كانت دورية كما هو واضح كل الوضوح .

ومعنى كونها دورية أن يكون إخراجها فى مواعيد منتظمة متساوية ككل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو كل سنة أو من كل غلة مثلا .

وليس من الضرورى أن تكون أدوار المرتب موافقة لأدوار الغلة فقد تكون متفقة معها وقد تكون مختلفة كما إذا شرط إخراج المقدار المعين كل سنة وكانت الغلة شهرية أو تظهر فى مواسم زراعية معينة من السنة ، أو شرط إخراجه كل

يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو فى مواسم معينة من كل سنة وكانت الغلة سنوية وليس من شأن هذا الاختلاف أن يعوق تقديرها التقدير النسبي إذ من أيسر ما يكون أن يعرف مقدار المرتب فى مدة الدور الواحد من أدوار الغلة وإذ ذاك تعرف النسبة .

فإذا شرط الواقف أن يصرف من الريع ما يلزم لملء صهريج تابع لسقاية (سبيل) كلما فرغ ماؤه لا يكون هذا من قبيل المرتب وأن كان ما شرطه مقداراً من المال وهو فى حكم المعين وإخراجه مما يتكرر لأن هذا الأخراج لا يكون دورياً إذ نفاد الماء لا يكون فى أوقات متساوية أو فى حكم المتساوية بل هى أوقات تتفاوت بتفاوت الحاجة والاستعمال . وكذلك لو شرط تجديد فراش لمسجد معين من نوع خاص كلما بلى فراشه ونحو ذلك مما يشترط أن ينفق فيه مقدار معين أو فى حكم المعين وكان مما يتكرر ولكن فى أوقات مختلفة لا ضابط فيها لما يقع بين النوبة والأخرى .

٣٩٠ — (٥) المجانية .

ولا يطلق اسم المرتب على المقدار المعين المتكرر الدورى إلا إذا كان مجاناً ، أى لم يكن أجراً فى مقابلة عمل يقوم به من جعله الواقف له بأن يجعله له ، على سبيل الصدقة والتطوع أو على سبيل الصلة والبر به ولم يلحظ فيه معنى الصدقة ولا أى معنى آخر سوى الصلة ، أو يجعله له نظير عوض مالى أو فى مقابلة أعمال سبق أن قام بها .

أما إذا جعله له أجراً نظير عمل يؤديه فإنه لا يسمى مرتباً . ويستوى بعد هذا أن يكون نفع هذا العمل راجعاً إلى الواقف أو الموقوف عليهم أو غيرهم ، وأن يكون هذا العمل من قبيل الطاعة والنفع العام أو من نوع آخر .

٣٩١ — فإذا وقف على مسجد أو مدرسة أو مستشفى وعين مقادير دورية كأجرة للإمام والخطيب والمؤذن والفراش والمدرسين والأطباء وسائر أرباب الأعمال فيها لقاء عملهم لم تكن هذه المقادير من المرتبات فى الاصطلاح الفقهى عند الحنفية

وهو اصطلاح هذا القانون كما سبق . لكن إذا شرط صرف هذه المقادير للقائمين بالشعائر فى مسجد معين أو للمدرسين فى معهد معين ، وهو يعلم أن لهم أجراً يتناولونه ، لم يكن ما شرط لهم من قبيل الأجر وتمحض بمعونة هذه القرينة أن يكون المقصود به البر والصلة والقربى إلى الله بذلك ولا يكون ذكر الوصف لقصد الإيماء إلى أنه أريد بذلك سبيل الأجرة وإنما كان لتعيين الموقوف عليه فيكون إذن من باب المرتبات ، وذلك كالوقف الآن على المدرسين بالجامع الأزهر أو على القائمين بالشعائر والخدمة فى المسجد الحسينى أو الزينبى .

ولا يكون المشروط أيضاً من قبيل الأجر إذا لم يخرجه الواقف مخرج الأجرة ولم يسم لكل صاحب وظيفة أجره كأن اشترط صرف مبلغ معين فى مصالح المدرسة أو المستشفى أو المسجد أو اشترط أن يصرف للمسجد ما يكفى لإقامة الشعائر فيه وإنارته وفرشه وإصلاح شأنه فالمشروط من باب المرتبات لأنه لم يخرج مخرج الأجرة وإنما هو مقدار معين أو فى حكم المعين اشترط صرفه لجهة فلا يضر بعد هذا أن يكون من أبواب إنفاقه ما يعتبر من الأجور ، وكمن اشترط كل شهر مائة لنفقة شخص فإن هذا لا يخل بكونه مرتباً أن من النفقة أجر المسكن وأجر الخدم ونحوهم .

٣٩٢ — وإذا اشترط صرف مقادير معينة دورية تصرف لمن يقرأ القرآن أو كتب السنة فى منزله أو عند قبره أو ضريح معين كانت هذه المقادير فى مقابلة مايقومون به وتكون من قبيل الأجرة ولا تعتبر من المرتبات فى نظر هذا القانون . ويستوى ما إذا صرح بأنها أجر لهم ، أو سكت ، أو سلك مايسلكه بعض الواقفين فى مثل هذه الحال فقال أن هذا يصرف لهم على سبيل الصدقة تفادياً للخلاف فى جواز الاستئجار على مثل هذه الأعمال ، فإن مسلكه هذا لا يغير الموقف لأن العبرة بالمقاصد الحقيقية ومن المعروف أن هؤلاء لا يقرأون إن لم يأخذوا وأن الواقف لم يشرط لهم هذا إلا فى مقابلة القراءة ولولاها لم يجعل لهم شيئاً . وكذلك لو وقف على القراء فى مقارىء لا أجر لقرائها وظهر أنه يقصد أن يجعل المشروط أجراً لهم .

أما إذا جعلها لقراء المقارىء المرتبة رسمياً وكانت لهم أجور يتقاضونها لم يكن ما جعل لهم من الأجر وكان من قبيل الإعانة والصدقة فيكون من باب المرتبات .

هذا إذا شرط ماشرطه على هذا الوجه أما إذا شرطه لمقرأة معينة فانه يكون مرتباً لها بوصف كونها جهة لا أجراً لأشخاص ولا يضر بعد هذا أن يصرف فى أجور قرائها لما بينته سابقاً فى نظائره .

٣٩٣ — وإذا شرط لناظر الوقف فى ريعه مقداراً معلوماً دوريا وأطلق وكان هذا المقدار أجر مثله أو أقل أو كان أكثر منه بما يجرى فيه التغابن عادة لم يكن هذا مرتباً وكان أجراً . أما إذا زاد عن أجر مثله زيادة فاحشة كان قدر أجر مثله من هذا المسمى أجرة لا مرتباً وكانت الزيادة من قبيل المرتبات تجرى عليها أحكامها الواردة بهذا القانون ، هذا إذا أطلق الواقف أما أن صرح بأنه جعل ذلك كله أجراً له فلا مناص من اعتباره كذلك فلا يكون شىء منه من قبيل المرتب نظراً لصريح الشرط و إن كان هذا عندى محل تردد . وقد رأيت فى بعض كتب الأوقاف أن الواقف اشترط لناظر عينه باسمه مقداراً من المال معلوما دوريا يقرب من نصف الريع وجعله له أجر نظر واشترط مع هذا صرفه إليه أن خرج من النظر لأى سبب وجعله من بعده لأولاده وذريته بدون قيد ولا شرط فلو أنا اعتبرنا هذا الصنيع قرينة على أنه أراد محاباته بالاستحقاق الزائد عن أجر مثله وألبسها هذا الثوب لم نبعد فى ذلك عن الصواب ، وأيا ما كانت الحال فان هذا المقدار يكون من قبيل المرتب إذا خرج من النظر أو آل استحقاقه لذريته .

٣٩٤ — وإذا شرط فى ريع الوقف مقادير معلومة دورية للكاتب والجابى والحارس وبقية العاملين فى الوقف كانت هذه المقادير أجوراً لهم فلا تكون من المرتبات ولا تجرى عليها أحكامها . فإذا شرط لأحد من هؤلاء مقداراً من هذا النوع بعد تركه الخدمة بشروط أو بدون شرط كان هذا من قبيل المرتبات فانه لم يجعله له على سبيل الأجر ونظير عمل يقوم به و إنما جعل له من قبيل الصلة والبر به جزاء لإخلاصه فيما سبق من خدمة الوقف أو صدقة ورعاية لضعف قدرته على العمل .

٣٩٥ – وإذا شرط مقادير معلومة دورية فى ريع الوقف لمن يقوم بخدمته هو مادام حياً أو بخدمة أولاده مدة حياتهم أو إلى أن يبلغوا مبلغ الرجال أو لمن يقوم بتأديب أولاده أو تعليمهم صناعة معينة وأشباه ذلك فاذا مات الواقف أومات أولاده أو انتهى العمل الذى كلفوا به استمر صرف تلك المعاليم إليهم مدة حياتهم أو لمدة معينة ، كان مايتقاضونه أثناء القيام بالعمل أجراً ولا يكون مرتباً أما بعد ذلك فانه يكون من باب الإغاثة والصلة فيعتبر من المرتبات وتطبق عليه أحكامها ، اللهم إلا أن يظهر أن ذلك قد روعى فى تقدير أجر العمل الذى قاموا به فيكون جزءاً من الأجر تأخر استيفاؤه .

٣٩٦ – (٦) ألا تكون لفائدة الوقف .

وإذا شرط الواقف مقادير معلومة واكتملت فيها بقية الشروط السابقة ولكنه اشترط صرفها فيما يعود نفعه إلى الوقف فانها لاتكون من قبيل المرتبات إذ المفهوم من المرتب فى الاستعمالين الفقهى والعرفى أن يكون لموقوف عليه ، والوقف نفسه لايعتبر موقوفا عليه . ويستوى فى هذا ما إذا كان المقدار المشروط مما يجب إخراجه بدون شرط أو كان إخراجه متوقفاً على الشرط .

فلو شرط الواقف أن يؤدى من غلة الوقف مايجب على أعيانه من الخراج وبقية الضرائب والأجر كالأحكار ، أو شرط أن يدفع من غلة الأعيان المرهونة التى وقفت أقساط الدين الذى رهنت به حتى ينتهى ، أو شرط دفع أقساط أى دين آخر يتعلق بالأعيان الموقوفة ، أو شرط أنه يحتجز كل شهر أو كل سنة مثلا مقدار معلوم من الريع لينفق فى عمارة الأعيان الموقوفة أو فى تحسينها ونماء غلتها . أو لينفق فى شراء ماشية وآلات وجميع مايحتاج إليه فى استغلال الأعيان الموقوفة لا يسمى شىء من ذلك مرتباً ، وكذلك لو شرط مقداراً معيناً لناظر الوقف أو لأى إنسان آخر يؤدى عملا من أعمال الوقف فانه لا يسمى مرتباً لهذا المعنى وللمعنى السابق وهو أنه أجر فى مقابلة عمل .

أما إذا شرط الواقف أداء أقساط الدين الذى عليه أو على غيره ولم يكن هذا

الدين متعلقاً بالأعيـان الموقوفة التى شرط أداؤه من غلتها ، أو شرط أن يحجز كل شهر أو سنة مثلا مبلغاً معيناً من الريع ليشترى بما يجتمع منه أعيان تكون موقوفة وملحقة بالوقف يكون حكمها كحكمه وشرطها كشرطه أو تكون موقوفة يصرف ريعها فى مصارف أخرى فإن هذا يكون من قبيل المرتبات لأنه مقدار معين توافرت له جميع شروط المرتب شرط لموقوف عليه هو الواقف أو من وقف عليه أصل الوقف أو غيرهما .

٣٩٧ — النسبة بين المرتبات والخيرات وبقية المقدرات :

بهذا اتضح المعنى الذى يفهم من المرتب فى نظر هذا القانون ، وقد أسلفت فى مواطن عدة المعنى الذى يفهم من الخيرات ، وبالمقـارنة بين هذين المفهومين يتبين أن النسبة بينهما هى العموم والخصوص من وجه ، فهما يجتمعان فى المقادير المعينة التى تتوافر لها كل عناصر المرتب وتكون مصارفها خيرية إذ يصدق عليها أنها مرتبات كما يطلق عليها اسم الخيرات لاجتماع المفهومين فيها . وتنفرد المرتبات فى المقادير التى تكتمل فيها عناصر المرتب ، ولا تكون مصارفها خيرية ، وتنفرد الخيرية فى الاستحقاق الذى يكون لمصرف خيرى ولم تكتمل فيه عناصر المرتب ، كما لو جعل الغلة كلها أو غلة حصة من الأعيان الموقوفة أو سهما من الغلة لمصرف خيرى ، أو جعل له مقداراً من المال غير معين أو غير متكرر أو غير دروى أو كان أجراً ، فكل هذا مما تتناوله الخيرات ولكنه لا يسمى مرتبا . وهذان المفهومان قد يرتفعان ولا يصدق واحد منهما على الاستحقاق وذلك فى الاستحقاق الذى يكون لمصرف غير خيرى ولم تكتمل فيـه عناصر المرتب ، ومن ذلك المقدرات المعينة التى تكون من قبيل الأجرة أو يعود نفعها للوقف وليست من الخيرات كأجرة النظر وأجرة العاملين فى الوقف وأقساط الدين الذى ارتهنت فيه الأعيان قبل وقفها .

٣٩٨ — الدوام

الأحكام التى رأى الشارع أن المصلحة توجب الأخذ بهـا فى قسمة أعيـان الوقف بين مستحقيه حملته على تقسيم الخيرات والمرتبـات إلى دائمة وغير دائمـة .

ونظراً لصعوبة الإتيان بعبارة جامعة مانعة تؤدى المعنى الذى يعنيه من الدوام وعدم الدوام على وجه منضبط لم يذكر فى متن القانون شيئاً عن معناه ولم يأت فى المذكرة التفسيرية بأكثر من قوله « والخيرات والمرتبات الدائمة هى ما كانت لها صفة الاستمرار » ، وهذه العبارة لا تفيد من هذه الناحية أكثر مما يدل عليه متن القانون ، فالاستمرار والدوام بمعنى واحد ، ولكنه ركن فى بيان المعنى الذى يقصده إلى ضرب الأمثال وترك الأمر لتقدير المحكمة ، فبمعونة هذه الأمثال ومراعاة الباعث الذى حمل الشارع على الأخذ بألا يكون للخيرات والمرتبات غير الدائمة نصيب من أعيان الوقف تستطيع المحكمة فى يسر وسهولة أن تعطى لكل حادثة حكمها وأن تقرر ما إذا كانت الخيرات والمرتبات فيها تعتبر فى نظر هذا القانون دائمة أو غير دائمة .

والشارع قطعاً لا يريد من دوام المرتب أن يكون صرفه مستمراً ما بقى الوقف مؤبداً كان أو مؤقتاً ، ولذا نراه حينما أخذ فى سرد الأمثلة للمرتب الدائم بدأ بضرب المثل بالمبلغ المعين يشترط صرفه لشخص ثم لذريته من بعده وأطلق القول فى ذلك فتناول اشتراط ذلك فى الوقف المؤبد والوقف المؤقت الذى يصح فيه مثل هذا الشرط وهو المؤقت بالمدة المعينة ، وهذا المرتب لايمكن أن يستمر صرفه ما بقى الوقف المؤبد قطعاً ، أما فى الوقف المؤقت فمن المحتمل أن يستمر وألا يستمر . وضرب له مثلا أيضاً ما يحتاج إليه المسجد فى الإصلاح والعمارة وإقامة الشعائر[1] ، والمسجد المعين من المصارف التى يظن انقطاعها فمن المحتمل أن يبقى ويستمر الصرف إليه ما بقى الوقف ويحتمل ألا يكون ذلك . وإذا كان قد ذكر من أمثلة الدائم ما يشترط صرفه فى مصالح المساجد أبداً أو طول المدة التى أقت بها الوقف وما يشترط صرفه على معهد بقدر كفايته مادام الوقف قائماً مؤقتاً كان أو مؤبداً ،

---

(١) هذا المثل والمثلان الآتيان قدأطلق القول فيهافى المذكرة التفسيرية لأن الغرض الأول من ذكرها هو التمثيل لما هو فى حكم المعين ولكن يجب مع هذا ان تكتمل فيها عناصر المرتب حتى يسمى مرتبا دائما ويعرف تفصيل ذلك مما ورد بالأصل .

فإن هذا لا يعني أنه أراد أن المرتب لا يكون دائماً إلا إذا كان مستمراً ما بقي الوقف، وكيف يمكن أن ينسب إليه هذا مع أنه أورد من أمثلة الدائم ما يستمر مابقي الوقف وما لا يستمر هذه المدة، وكل ما في الأمر أنه مثل لكل من النوعين بما هو الأعم الأغلب فيه، فمثل لما لا يستمر استمرار الوقف بالمرتب الأهلي ومثل لما يستمر باستمراره بالمرتبات الخيرية[1].

والشارع قد ضرب مثلا لأقصى حد لعدم الدوام المرتب يجعل لكل واحد من الخدم حياته فقط، وضرب مثلا لما دون ذلك ما يشترط للإنفاق على شخص معين في تعليمه حتى ينتهي منه وما يشترط إنفاقه في بناء مسجد معين أو إتمام بنائه[2]، ومن البين أن عدم الدوام لا حد لأقله. وقد ضرب أيضاً مثلا لأقصى حد الدوام نفقة كفاية الفقير[2] وبعض الأمثلة التي مر ذكرها كما ضرب مثلا لما دون ذلك بقية الأمثلة السابقة، ومن المؤكد أن للدوام حداً أدنى وهو ماجاوز الحد الأقصى لعدم الدوام. فالمشروط للشخص أو الأشخاص المعينين بأسمائهم ومن في حكمهم مما يظن أن مدتهم لا تتجاوز مدة بقاء المقتسمين، يعتبر من غير الدائم، والبطنان وما فوقهما وما يظن أن مدته تتجاوز مدة بقاء المقتسمين كالمسجد المعين، وما يستمر مدة بقاء الوقف مؤبداً كان أو مؤقتاً، كل ذلك يكون من الدائم. والسر في ذلك أن الشارع عمد إلى هذا التقسيم رعاية لمصلحة المقتسمين ودفعاً للضرر عنهم بإفراز نصيب من أجل مرتب يظن انتهاؤه قبل انتهائهم فإن هذا يخلق لهم متاعب لا يستهان بها، فلو ذهبنا في هذه الحال إلى القول بإعادة القسمة بانتهاء

---

(١) من هذا تعلم مافي الفهم الذي انساق اليه بعض من كتبوا في الوقف بعد صدور القانون حيث يقول في تقسيم الخيرات والمرتبات « فاما أن تكون خيرات او مرتبات دائمة اي تصرف من ريع الوقف ما دام الوقف باقيا . . » ففسر الدائم بأنه مايستمر مابقي الوقف. ومن الغريب أنه بعد ذلك بسطرين يمثل للمرتب الدائم بما اذا شرط أن يصرف من الريع مائة جنيه سنويا لأخيه ولذريته من بعده ، وما اذا شرط أن يصرف من الريع سنويا ما يكفي لاقامة الشعائر في مسجد بلده .

(٢) يراجع الهامش نمرة ١ بالصفحة السابقة .

المرتب لاتقينا ضرر تجزئة الأنصبة وتفرقها ولكنا لا نستطيع تجنب مشاق إعادة القسمة ومضارها ، وإن أخذنا بعدم إعادة القسمة وأبقيناها لازمة لم نستطع تجنب الضرر الذى ينشأ عن قسمة هذه الحصة التى تكون فى الأعم الأغلب قسماً يسيراً ، ولذا عمد الشارع إلى سد الباب ودفع الضرر عن المقتسمين أياً ما كان بعدم الإفراز لمثل هذا المرتب . وعلى ضوء هذا المعنى يمكننا أن نعطى للمرتب حكمه إذا شرط لمدة من الزمن معينة ، فإن كان يغلب على الظن أنها تتجاوز مدة بقاء الطبقة المقتسمة فرزنا للمرتب حصته ، وإن غلب على الظن أنها لا تبلغها لم تفرز له حصة .

٣٩٩ — فلو شرط فى ريع وقفه مائة كل شهر أو كل سنة لابنه أو لبنته أو لخادمه أو لأجنبى مدة حياته أو لمدة معينة أو ما دام عزباً أو ما بقى مشتغلا بطلب العلم أو نحو ذلك كان هذا من قبل المرتب المؤقت أو غير الدائم لأن مدة استمراره لا تتجاوز أقصى مدة هذا المرتب . وكذلك لو شرط أن تعطى كل أنثى من ذريته النفقة اللائقة بها مدة حياتها أو إذا كانت غير متزوجة ، أو شرط أن يعطى كل محتاج من قرابته أو من طائفة معينة كل شهر أو كل عام ما يكفيه ، أو وقف على أولاده وذريته على أن يعطى كل شهر مقدار معين من الحب ومقدار معين من النقد لكل من يكون منهم خالياً من الأزواج وأن يعطى مثله من الحب وضعفه من النقد لكل من يكون متزوجاً منهم وما بقى من الريع يحتفظ به ليشترى بما يجتمع منه أعيان تلحق بالوقف ، كان كل هذا من قبيل المرتب غير الدائم لأن ما شرط لأحدهم مقدار غير ما شرط للآخرين ومنفصل عنه تماماً ولم يجعل ما يأخذونه لجهة تجمعهم . وكذلك لو شرط أن يصرف من الريع كل شهر أو كل سنة مائة لزيد ثم من بعده لعمرو ثم من بعده لبكر أو لابنه فلان لصلبه لأن المدة لا تصل إلى مدة الدوام وفى الصورة الأولى كانت طبقات الاستحقاق ثلاثا ولكن هذا لا يغير الوضع فإن الثلاثة المستحقين قد عينوا بأسمائهم فكانوا كشخص واحد بالنظر إلى المدة التى يستمر فيها استحقاق هذا المرتب . وإذا شرط أن يصرف من ريع وقفه لإنشاء مصحة أو مستشفى أو ملجأ

أو مدرسة أو مسجد بين أوصافه، أوما يحتاج إليه فى إتمام إنشائه ولم يزد على ذلك، كان هذا من الخيرات التى تعتبر فى حكم المعينة ولـكنه ليس من قبيل المرتبات حيث لم تكتمل فيه عناصر المرتب ، أما إذا شرط أن يحتجز من الريع كل سنة مقدار معين ليصرف ما يجتمع من ذلك فى الإنشاء أو الإتمام فإنه يكون من قبيل المرتب غير الدائم إذا كان من المنتظر ألا يستغرق ذلك زمناً طويلا يتجاوز أقصى حد المؤقت أما إذا كان من المنتظر أن يتجاوزها فانه يكون من قبيل المرتب الدائم وهذه الحال فرضية محضة لا تكاد توجد ولا أعرف أنها وقعت رغم التجارب الطويلة .

٤٠٠ — ولو شرط مرتباً معيناً أو فى حكم المعين لمصرف خيرى لا يظن انقطاعه ولم يؤقت ذلك بمدة أو طبقات كان مرتباً دائماً ، سواء أكان الوقف مؤبداً أم كان مؤقتاً ، كما لو شرط مقدارا معيناً من الغلة يصرف كل سنة للفقراء أو شرط أن يخرج منها كل سنة ما يكفى لنفقة عشرين فقيراً ثم يصرفه الناظر بحسب اجتهاده إلى من يرى من الفقراء على أن يقدم فى ذلك الأحوج ، أما لو شرط لفقير معين مايكفى لنفقته فانه يكون من المرتب المؤقت . وكما لو شرط مقداراً معيناً يصرف كل سنة فى مصالح المساجد أو فى تجهيز المجاهدين أو فى تكفين الموتى ودفنهم أو تجهيز المتزوجات الفقيرات أو فى معونة من يريد الحج من الفقراء أو شرط أن يصرف منه كل سنة ما يكفى لعدد معين من هؤلاء ، أما إذا شرط أن يصرف من ريعه كل سنة فى تجهيز من يريد من المحتاجين الجهاد أو الزواج أو الحج أو فى تجهيز ودفن من يموت فقيراً فان هذا لا يكون من قبيل المرتب أصلا حيث لم تكتمل فيه عناصره .

وكذلك يكون المرتب دائماً إذا كان مصرفه مما يظن انقطاعه وكان من المتيقن أو من الراجح أنه يستمر إلى ما بعد انقراض المقتسمين ، كما لو شرط صرف مقدار معين كل سنة فى عمارة ومصالح مسجد معين وإقامة الشعائر فيه ، أو شرط أن يصرف له كل سنة ما يحتاج إليه فى مجموع هذه الأمور ، أو شرط أن يصرف ما يحتاج إليه

فى مصالحه وإقامة الشعائر فيه. أما لو شرط للعمارة وحدها كأن اشترط أنه كلما احتاج إلى العمارة والمرمة صرف فى ذلك من الغلة بالقدر الذى يحتاج إليه ، لم يكن هذا من قبيل المرتب أصلا حيث لم تكتمل فيه عناصره وكذلك يكون الحال فى المدرسة والمستشفى والملجأ والرباط والتكية .

وكذلك يكون المرتب دائماً لو كان أمر أهله فى الدوام كأمر المقتسمين أو يزيد عنه ، كما لو وقف على نفسه ثم على أولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات وشرط فى وقفه هذا مرتباً لأولاد أخوته وأخواته لأصلابهم وأراد أولاده لصلبه قسمة الوقف فأن أولاد الأخوة والأخوات شأنهم فى الدوام كشأن أولاد الواقف فى الدوام سواء بسواء فلا يعتبر مرتبهم غير دائم . وكذلك لو كان هذا المرتب مشروطا لمعين ثم لذريته من بعده أو لثلاث طبقات أو لطبقتين أو للطبقة الأولى من هذه الذرية . وكذلك لو وقف على نفسه ثم على أكبر أبنائه ثم على أكبر أبناء هذا الأكبر وهكذا طبقة بعد طبقة إلى أنقراض ذريته وشرط أن كل من يكون مستحقاً للوقف من هؤلاء يعطى من ريعه كل سنة ألف جنيه لأخوته وأخواته ، أو وقف على أولاده الذكور ثم أولادهم الذكور ثم وثم على أن يصرف كل سنة ألف لمن فى طبقة المستحقين من الأناث من ذرية الواقف ، فالألف المشروط فى الصورتين مرتب دائم لأنه جعل لطبقات متعاقبة وإن لم يكن بينهما توالد فى الصورة الأولى وقد يكون بينهما ذلك وقد لا يكون فى الصورة الثانية .

٤٠١ — وإذا شرط مرتباً أهلياً أو خيرياً لمائة سنة فما فوقها كان من المرتب الدائم لأن مدته تزيد على ما ينتظر أن تبقاه طبقة المقتسمين ، وإذا شرطه لعشرين فما دونها كان مرتباً غير دائم لأن مدته مما يغلب على الظن أن تبقى فيها طبقة المقتسمين ، وإذا كانت المدة ما بين المائة وبين العشرين كان الأمر مختلفاً باختلاف الأحوال والظروف ، وإذ ذاك يكون المرجع هو تقدير المحكمة .

٤٠٢ — والعبرة فى الدوام وعدمه بما يكون عليه الحال عند قسمة الوقف ، فقد يكون المرتب بمقتضى مدلول شرط الواقف من المرتبات الدائمة ولكنه عند طلب القسمة يكون من المرتبات غير الدائمة ، كما لو شرط مرتباً لبنته ثم لطبقة أو طبقات محدودة من ذريتها ولم تطلب القسمة إلا عندما آل الاستحقاق للطبقة الأخيرة المستحقة من ذريتها وقد انقرضت هذه الطبقة ولم يبق منها إلا واحد فإذ ذاك لابد من اعتبار هذا المرتب غير دائم . وكذلك لو كانت القسمة قد طلبت وكانت هذه البنت عجوزاً عقيما وتجاوزت سن اليأس أو كانت شابة ولكن لايرجى أن يكون لها ولد لعارض طرأ عليها استؤصلت بسببه بويضاتها فلا مناص من اعتبار هذا المرتب غير دائم ، وكذلك لو كان هذا المرتب لرجل وذريته وطرأ عليه مثل هذا العارض ولم يكن له ولد . أما إذا لم يكن لواحد منهما أولاد، متزوجا كان أو غير متزوج ولكن لم يحصل اليأس من وجود ولد له فانه يعتبر من المرتب الدائم مهما كان الأمر ، فان المعنى الجامع فى هذا الموضوع هو دفع الضرر عن المقتسمين بالقدر المستطاع .

٤٠٣ — أحكام المرتبات

عرض هذا القانون لطائفة من أحكام المرتبات ، بعضها فى أحكام عامة تتناولها هى وغيرها ، كأحكام التأقيت والتأبيد ، وأحكام وقف غير المسلم ، وأحكام القبول ، وأحكام الرجوع والتغيير ، وأحكام انتهاء الوقف ، وأحكام الاستحقاق الواجب ، والبعض الآخر بأحكام خاصة ؛ كبيان المقدار الذى يستحقه أربابها فى أحوال معينة ، وبيان مركزهم حين قسمة الوقف وحين اختيار ناظره .

***

مادة ٣٦ — إذا جعل الواقف غلة وقفه لبعض الموقوف عليهم وشرط لغيرهم مرتبات فيها قسمت الغلة بالمحاصة بين الموقوف عليهم وذوى المرتبات بالنسبة بين المرتبات وباقى الغلة وقت الوقف إن علمت الغلة وقته، وإن لم تعلم وقت الوقف قسمت الغلة بين أصحاب المرتبات والموقوف عليهم على اعتبار أن للموقوف عليهم كل الغلة ولأصحاب المرتبات حصة بقدر مرتباتهم، على ألا تزيد المرتبات فى الحالتين عما شرطه لواقف.

مادة ٣٧ — إذا شرط الواقف سهاماً لبعض الموقوف عليهم ومرتبات للبعض الآخر كانت المرتبات من باقى الوقف بعد السهام. فإذا لم يقف الباقى بالمرتبات قسم على أصحابها بنسبتها.

مادة ٣٨ — تنقص المرتبات بنسبة ما ينقص من أعيان الوقف.

٤٠٤ — بين القانون فى هذه المواد المقادير التى يستحقها أصحاب المرتبات فى الأحوال الواردة بها، وهو يرمى بهذا إلى التخلص من الأحكام التى كان يعمل بها وكانت تقضى بتقديم المرتبات على غيرها وأن استغرقت كل الغلة وإلى التسوية بين أصحاب المرتبات وذوى السهام واعتبارها كلها سهاما فى الغلة، ولكنه فى الواقع لم يرم إلا إلى نقصها حينما تنقص الغلة أو الأعيان ولم يسلك بها طريقة السهام فى الأحوال التى تزيد فيها، واتساق التشريع والعدالة كانا يقضيان بطرد القاعدة والعمل بها أيضاً فى حالة الزيادة وبخاصة إذا كانت ناشئة عن ارتفاع قيم الحاصلات ومنافع الأعيان وانحطاط قيمة النقد، وكيف يستسيغ من سلك طريقة السهام أن يبقى المرتب ثابتاً لايزيد إذا كان قد شرط لشخص جنيهاً كل شهر فى وقت كان

يكفل له هذا المقدار معيشة هينة و يفى له بالكثير لرخص الحاجيات وفى وقت كانت أجرة الفدان مثلا من الأرض الموقوفة لا تزيد عن خمسة جنيهات ثم ارتفعت الأسعار ارتفاعاً عظيما وأصبح الجنيه لا يفى له بما كانت تفى له به عشرون قرشاً فيما مضى وصارت أجرة الفدان ثلاثين أو أربعين جنيهاً . ولكن الذى حمل لجنة الأحوال الشخصية على هذا أنه قد عزَّ عليها وجود السند الفقهى نصاً أو أخذاً . وعندى أنها لو اعتمدت على المعنى والقياس والاستناد إلى الأغراض الصحيحة للواقفين وذهبت إلى القول باطراد هذه القاعدة والعمل بها فى حالى النقص والزيادة لما بعدت عن الروح الفقهية ولحققت العدالة فى الحالين وأنصفت أصحاب المرتبات كما انتصفت منهم للآخرين .

والمرتبات تنقص لنقص الغلة ، ونقص الغلة قد يكون ناشئاً عن ضعف الأعيان الموقوفة ، وقد يكون ناشئاً عن انحطاط قيم الحاصلات وأجر المنافع وغلاء النقد ، وقد يكون ناشئاً عن نقص أعيان الوقف ، وقد يكون ناشئاً عن اجتماع هذه الأسباب الثلاثة أو اجتماع سببين منها .

(١) نقص المرتبات لانحطاط الغلة

٤٠٥ — بين الشارع فى المادة ٣٦ طريقتين لقسمة الغلة يرمى بهما إلى نقص المرتبات فى بعض الأحوال ، وإلى عدم زيادتها مهما كانت الحال ، وسلك هاتين الطريقتين فى وضع معين ، وهو ما إذا كان الواقف قد جعل غلة وقفه لبعض الموقوف عليهم وشرط لغيرهم مرتبات فيها .

فوضع هذه المسألة وأساسها لا يتحقق إلا إذا كانت غلة الوقف قد جعلت من الواقف لموقوف عليهم ، وشرطت فى هذه الغلة مرتبات لا فى بعضها ؛ وكانت هذه المرتبات مشروطة لغير من جعلت لهم الغلة لا لهم ولا لبعضهم .

معنى جعل الغلة لبعض الموقوف عليهم

٤٠٦ — أراد الشارع من جعل الواقف غلة وقفه لبعض الموقوف عليهم أن يكون قد قصدهم بوقفه وصنع ما صنع من أجلهم وكان استحقاقهم فيه هو المقصد

الأصلي والغرض الأساسي ، أما غيرهم فإنه أدخل معهم فى الوقف تابعاً وملحقاً وكان له حظ فيه لا يقاس بحظهم . وقد ورد هذا المعنى واضحاً أتم الوضوح بمحاضر لجنة الأحوال الشخصية وبالمذكرة التفسيرية كما أنه يفهم فهماً جلياً من عبارات المادة وسوقها .

وهذا المعنى إنما يتحقق إذا كان معظم الاستحقاق لهذا البعض ، وكان ما شرط لغيرهم هو القليل ، والوصول إلى هذا أمر محقق إذا عرفت الغلة حين الوقف ، إما إذا لم تعرف فإن الوصول إليه أيضاً يكون سهلا وهيناً من الرجوع إلى الأعيان الموقوفة والمقدار المشروط وسياق الإنشاء والشروط ومراعاة جميع الظروف والملابسات ، ولا يكاد الأمر يشتبه إلا فى أحوال نادرة ، على أننا سنقف قريباً إن شاء الله على المراد من معرفة الغلة ومنه نتبين أن حالات الجهالة نادرة ولا تكاد توجد فى أكثر الأوقاف وبخاصة الأوقاف التى وقع توثيقها فى ظل قواعد الرسوم المنظمة المتعاقبة .

أما إذا تبين أن الواقف قد قصد بوقفه هذا الغير ، أو أن الفريقين كانا مقصودين به على السواء ، أو كان الأمر مشتبها ، فإن هذه الأحوال جميعها تكون خارجة عن وضع المسألة ولا تطبق عليها أحكام هذه المادة إذ لا يمكن القول فيها بأن غلة الوقف جعلت لبعض الموقوف عليهم . وذلك كمن اشترط صرف المرتبات لأربابها وإن استغرقت كل الغلة وكمن وقف اثنى عشر فداناً وشرط فيها مرتبات قدرها تسعون جنيهاً فيما يحتاج إليه « الدوار » المنسوب إليه من حاجيات الضيافة وتبين أن الغلة حين الوقف كانت مائة وعشرين جنيها فى السنة . ومن وقف رواقاً من أروقة الأزهر وألف فدان وأعياناً أخرى وشرط فى الغلة أولا مرتبات لشيخ الرواق ونائبه ونقيبه وأمين مكتبه ووقاده وبوابه وعدد معين من المدرسين به وعدد يربو على المائة ليكونوا طلبة به كما شرط أن يصرف فى مصالح الرواق ما يكفى لفرشه ووقوده وغير ذلك وأن تزاد مرتبات أرباب الوظائف والطلبة فى كل زمان بحسبه ، ثم شرط فيما يفضل بعد ذلك مرتبات تصرف

لمدارس وملاجىء معينة ، ثم شرط فيما يفضل مرتبات لقراء فى مقارىء كثيرة ثم جعل الباقى بعد ذلك كله وقفاً على أولاده وذريته ، ولم تعرف الغلة حين الوقف . ولكن عرف أن الأعيان إن لم تكن حالتها تحسنت عن وقت الوقف لم تنحط ، وأن قيم الحاصلات والمنافع ارتفعت عما كانت عليه حين الوقف ، وأن الغلة ، فى الظروف التى يقطع بأنها أفضل من الظروف حين الوقف ، تارة لا يفضل منها شىء وتارة يفضل منها القليل فمن سياق الوقف ومعرفة هذه الظروف نقطع بأن الواقف لم يقصد ذريته بهذا الوقف وإنما قصد به أصحاب المرتبات وكل ما فى الأمر أنه أراد أن يجعل ذريته مصرفاً لما عساه يفضل من الغلة . ومن وقف نحو ألف فدان على نفسه ثم من بعده تكون الغلة لمعاهد علمية ومعاهد أبحاث مائية وصحراوية ولأبحاث طبية وغير ذلك مما يعود نفعه على الكافة وشرط أن يصرف لزوجته من الغلة كل عام أربعة آلاف من الجنيهات وعرف أن الغلة حين الوقف كانت ثمانية آلاف فى السنة ، فهذا لا يمكن أن يقال أنه جعل الغلة لهذه الجهات وإن كان السياق يعين على ذلك ، كما لا يمكن أن يقال أنه جعل الغلة لزوجته ، بل هما سواء فى القصد ومع ذلك أراد أن يكون مركز الزوجة أقوى وأمتن فشرط لها مقداراً ثابتاً . ومن وقف مقداراً من الأرض على موقوف عليهم وشرط فيه مرتبات كثيرة ولم تتبين حالة الأعيان وكانت المرتبات فى بعض السنين العادية تزيد عن نصف الغلة وتنقص عنه فى البعض الآخر ، فمثل هذا الواقف لا يمكن الحكم على قصده ولا يعرف إن كان قد أراد أن يجعل الغلة لبعض الموقوف عليهم بالمعنى الذى أراده الشارع أولا وإن كان سياق الإنشاء يعين على الأول فكان الأمر فى الحقيقة مشتبهاً فلا يكون من وضع هذه المسألة ولا تطبق فيه أحكام هذه المادة .

٤٠٧ — وجعل الواقف الغلة لبعض الموقوف عليهم قد يكون بأن يجعلها لهم بدون بيان حصص ولا سهام ، وقد يكون بأن يجعل لكل فريق غلة بعض الأعيان الموقوفة ثم يشرط فى كلتا الحالتين مرتبات لغيرهم فى غلة الجميع ، وقد لا يسلك طريق حصص الأعيان ويسلك طريق السهام ويشترط بعد ذلك مرتبات

فى الغلة جميعها . هذا هو المراد من جعل الغلة لهم فى مقابلة المرتبات ، فهو شامل لكل وضع يكون عليه جعل الغلة لهم سوى جعلها لهم مرتبات فإنه لا يشملها لأن الغلة كلها فى هذه الحال تكون قد وزعت على جميع الموقوف عليهم من طريق المرتبات فتكون خارجة عن وضع هذه المسألة ولا تطبق عليها أحكامها ، فلو وقف أرضاً له على أولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات على أن يأخذ كل مستحق كذا كل شهر من غلتها وكذا كل سنة منها على أنه إذا قصرت الغلة فى مدة استحقوها محاصة وإن زادت استحقوا الزيادة كذلك وشرط مع هذا مرتبات لجهات خيرية أو أهلية فإن هـذا الجعل لا يكون من وضع هـذه المسألة لأن الاستحقاق كله من قبيل المرتبات وليس أحدها بأحق من البقية بأن ينظر إليـه على أنه مرتب وأن ينظر إلى البقية على أنه جعل غلة ، وحكم هـذه المسألة كان ولا يزال أنه إذا وفت الغلة بالجميع أو زادت استحق أصحاب المرتبات الأخيرة كل ما شرط لهم وان قصرت تحاصوا هم والآخرون فيها كل بنسبة ما شرط له .

وجعل الواقف الغلة لهم بالمعنى السابق لايفهم منه ، كما هو واضح من عبارة المادة وسياق المذكرة التفسيرية وبيانها للأحوال التى أشارت إلى أن القانون أراد علاجها ، إلا أنه ذكرهم وصرح بهم فلا يتناول جعل الغلة لهم من طريق ذكر المصرف العام الذى يستلزم ذكره أن يكونوا موقوفا عليهم . فلو جعل أرضاً له صدقة موقوفة على أن يعطى من غلتها كل سنة فلان كذا وفلان كذا وسمى نفرا وسكت ولم يزد حتى كان مصرف مايزيد من الغلة الفقراء ، بحكم قوله « صدقة موقوفة » ، لم تطبق أحكام هذه المادة ، لأن الفقراء وإن كانوا بعض الموقوف عليهم ولهم مايفضل من الغلة بعد المرتبات وقد يكون معظمها ، لايصدق عليهم أن الواقف قد جعل لهم الغلة بالمعنى المقصود ، ويكون الحكم فى هذه المسألة هو ماذهب إليه الحنفية من تقديم أصحاب المرتبات عليهم فان لم يأت من الغلة إلا مقدار ماشرط لهم استحقوه جميعه وإن قصرت عنه تحاصوا فيه وإن زادت كانت الزيادة للمصرف العام وهم الفقراء .

٤٠٨ — و بعض الموقوف عليهم قد يكونون جميعاً من الآدميين وهم الذين يعبر عنهم الفقهاء بأهل الاستحقاق ، وهؤلاء قد يكون الوقف عليهم أهلياً كالوقف على فلان وذريته وقد يكون خيرياً كالوقف على فقراء القرابة أو على طلبة العلم. وقد يكونون جميعاً من الجهات وهى التى يراد بالوقف عليها الصدقة والنفع العام ، فالوقف عليهم دائماً من قبيل الوقف الخيرى . وقد يكونون من النوعين .

والمراد ببعض الموقوف عليهم هم غير أصحاب المرتبات ، أى أن الواقف جعل الموقوف عليهم فريقين فريق أصحاب المرتبات والفريق الذى يستحق أصل الغلة مهما كان أسلوب إنشاء الوقف وشروطه فلو أنه وقف على أولاده وذريته على ألا تستحق الأنثى منهم سوى ما يكفيها من النفقة اللائقة بها ، ثم شرط بعد ذلك مرتبات لأشخاص ، كان بعض الموقوف عليهم هم الذكور من أولاده وذريته فقط وإن كان أسلوب الإنشاء يفيد بأوله أن الغلة جعلت للأولاد والذرية ، غير أن شرطه فى الإناث قد بين مراده وبذلك يكون الإناث من فريق أصحاب المرتبات ولا يقال إنهن ممن جعلت لهم الغلة ولا أن مرتباتهن مشروطة لبعض من جعلت لهم الغلة وتطبق على استحقاقهن أحكام هذه المادة .

٤٠٩ — المراد باشتراط مرتبات لغيرهم فى الغلة

لابد أن تكون المرتبات قد جعلت فى الغلة من طريق اشتراط الواقف ، أما إذا كانت بتقرير من الناظر أو من القاضى ولو بحكم فإنها لا تكون من هذه المرتبات . وأطلق اشتراط المرتبات فى الغلة لغير من جعلت لهم فصار شاملا لجميع الأوضاع والصور . فهو شامل لما إذا اشترطها فى عقدة الوقف ، وما إذا اشترطها بعده فى إشهاد تغيير . وشامل لما إذا بدأ إنشاء وقفه بها وجعل ما يفضل عنها لبقية الموقوف عليهم ما دام معنى الجعل لهم الذى سبق بيانه متحققاً ، وما إذا أوردها أثناء هذا الإنشاء ، وما إذا ذكرها بعد تمامه وأخرجها مخرج الشرط ، كما يحصل فى أكثر الأوقاف ، وسيان أن يكون قد اشترط فى هذه الحال وفى التى قبلها البدء بإخراج هذه المرتبات أو لم يشترط ذلك . فالمراد من اشتراط مرتبات فى الغلة

ما يتناول كل هـذا ، وليس معناه قاصراً على أن يكون أخرجها مخرج الشرط ، وقد أوضحت المذكرة التفسـيرية هذا المراد إيضاحاً تاماً . ومن الواضح أن الاستحقاق يكون من قبيل اشتراط المرتب فيما لو شرط مرتبات لطائفة من المستحقين أو الجهات ، على أنه إذا لم يمكن الصرف لأحدها كان ما شرط لها للباقين ثم بطل الاشتراط لأحدها أو تعذر صرفه لها لعدم وجودها أو لزوالهـا أو لأى مانع آخر ، فإن استحقاق الباقين لمـا كان مشروطاً استحقاق لمرتب مشروط ، أما إذا بين لـكل منها مرتبه ولم يزد و بطل ما شرط لأحدها أو تعذر صرفه ورجع إلى أصل الغلة أو اعتبر منقطعاً مصرفه الفقراء فإن استحقاق هذا القدر حينئذ لا يكون آتياً عن طريق اشتراط المرتب بل عن طريق آخر فلا تطبق عليه أحكام هذه المادة .

٤١٠ — المراد بالمرتبات

قد أوضحت فيما مضى معنى المرتب و بينت العناصر التى يجب توافرها فى الاستحقاق ليصح اطلاق اسم المرتب عليه ، وقد اطلقت المرتبات هنا فلم تقيد بأى قيد فتناولت المرتبـات الدائمة والمرتبات غير الدائمة ، وتناولت المرتب الخيرى والمرتب الأهلى ، وتناولت المرتبات سواء أكانت كلها فى مرتبـة واحدة أم كان بعضها مقدماً على البعض الآخر بالشرط كما لو وقف على أن تصرف مرتبات معينة من الريع ثم يصرف من الفاضل مرتبات أخرى ثم من الفاضل مرتبات ثم تكون الغلة لبقية الموقوف عليهم .

وطبقاً لأحكام المادة ٢٥ من هذا القانون يجب أن يكون الحكم هنا قاصراً على المرتب الذى يكون من قبيل الاستحقاق الاختيارى ولا يتناول المرتب إذا كان من الاستحقاق الواجب ، فإذا شرط لواحد من ذوى الاستحقاق الواجب مرتباً فى وقف ما زاد عن ثلث ماله وكان هـذا المرتب قدر ما يجب له أو دونه لا تطبق عليه أحكام هذه المـادة التى يراد بها إدخال النقص على هـذا المرتب فإن تطبيقها يكون عبثاً كما هو واضح .

والحكم هنـا قاصر على المرتبـات فلا يتناول أنواع الاستحقاق الأخرى التى

لم تكتمل فيها جميع عناصر المرتب كأن اشترط مقادير غير معينة أو غير متكررة أو غير دورية أو كانت أجرة أو كانت لفائدة الوقف . فهذه كلها لا تسمى مرتباً ولا تطبق عليها أحكام هذه المادة ، ويستوى أن تكون هذه المقادير أهلية أو خيرية ، فلو اشترط أن يعطى فلان من غلة وقفه بعد موته ألف جنيه مثلا ولم يغل الوقف حين استحقاق هذا المقدار سواه أو قصرت الغلة عنه أخذها جميعها وإن بقى له شيء أخذه من الغلة أو الغلات المقبلة ولا ينقص شيء مما شرط له لأنه مقدار مسمى وليس مرتباً . ولو شرط فى وقفه أن من تزوجت من ذريته الإناث يصرف لها كذا من الجنيهات لجهازها أو ما يكفى لتجهيزها الجهاز اللائق بأسرته صرف لكل من تزوجت ما شرط لها ولا ينقص منه شيء وإن استغرق ذلك كل الغلة ولم يبق للموقوف عليهم شيء لأن هذا المشروط ليس مرتباً ، ولو شرط أن ينفق من الريع فى إنشاء مدرسة أو مسجد أو مستشفى أو ملجأ وبين حاله ووصفه لم ينقص مما شرط له شيء وإن استغرق الغلة لأن ما شرط ليس مرتباً . وقد أسلفنا من الأمثلة ما فيه الكفاية عند الكلام على عناصر المرتب .

٤١١ — المراد بالغير

قد بينت فيما مضى المراد من بعض الموقوف عليهم الذى وضع فى مقابلة الغير وبه اتضح معنى هذا الغير والغير شامل لأهل الاستحقاق ، خيرياً كان استحقاقه أو أهلياً ، وشامل للجهات .

والحكم هنا قاصر على المرتبات التى اشترطت لغير من جعلت لهم الغلة وقصدوا بالوقف دون المرتبات التى اشترطت لهم جميعاً أو لبعضهم سواء أكان معها مرتبات لغيرهم أم لم يكن فهذه لا تطبق عليها أحكام هذه المادة وإنما تطبق عليها أحكام مذهب الإمام أبى حنيفة . فلو جعل أرضه صدقة موقوفة على زيد وبكر وعلىّ ومحمد ، على أن لزيد من غلتها كل سنة مائتين ولبكر مائة وخمسين ولعلى مائة ولمحمد خمسين ولم يزد ، أعطى لكل ما شرط له وما زاد عن ذلك يقسم على رءوسهم وأن قصرت عما شرط لهم اقتسموها بالمحاصة . وبالتأمل يظهر أن هذا متفق مع

حكم هذه المادة إذا عرفت الغلة حين الوقف وإن لم يكن مأخوذاً منها ويختلف عنه إذا لم تعرف الغلة حيث يدخل النقص حتما على المرتبات . ولو وقف على هذا الوضع وشرط لزيد وبكر ماسبق ذكره ولم يزد ، استحقا ماسمى لهما وأن استغرق الغلة ، وكذلك لو وقف على أولاده وذريته وشرط لأحد أبنائه مرتباً استحقه كاملا ولو استغرق كل الغلة ولا تطبق أحكام هذه المادة على هذه المرتبات لأنها مرتبات شرطت لبعض من جعلت لهم غلة الوقف . ولو أنه كان قد اشترط فى هذه الصور الثلاث مع المرتبات المذكورة مرتبات أخرى لغير من جعلت لهم الغلة طبقت على هذه وحدها أحكام هذه المادة فتقدر طبقاً لها ويكون حكمها حين الاقتسام حكم باقى الغلة ولا تزاحم المرتبات السابقة التى تأخذ حظها كاملاً أما هذه فهى وحدها التى يدخل عليها النقص كما سيجىء .

والذى أعرفه حق المعرفة أنه لم يحمل على التفرقة بين المرتبات المشروطة للموقوف عليهم والمرتبات المشروطة لغيرهم سوى الرغبة فى إعطاء حكم لما هو الأعم الأغلب وكان مظهر الشكوى مع اجتناب كثرة التشقيقات والصور ، ولكن العدالة واتقاء مثل هذه النتائج غير المقبولة واتساق التشريع بطرد القاعدة كل هذا كان يقضى بالتسوية بينهما مهما كانت الحال ومهما تعددت الصور التى تذكر بهذه المادة .

٤١٢ — المراد بالوقف

والمراد من « وقفه » هنا هو الجنس ، أى مايصح أن يطلق عليه إسم الوقف بالنظر لهذه المرتبات وهو الوقف الذى تخرج من غلته سواء أكان كل الوقف أم كان بعضه أم كان أوقافا متعددة صارت من هذه الناحية وقفاً واحداً . فلو وقف أعياناً فى عقدة واحدة وجعل هذه الأعيان حصصاً ، شائعة كانت أو مفرزة ، وبين من وقفت عليهم كل حصة منها وشرط فى غلة كل منها أو فى غلة بعضها مرتبات اعتبرت أوقافا متعددة واعتبرت كل حصة منها وقفا مستقلا تطبق عليه أحكام هذه المادة على حدة فينظر إلى غلة كل حصة وحدها وإلى من وقفت عليهم

وحدهم حتى لو شرط فى غلة حصة منها مرتبات لأهل حصة أخرى أو بعضهم اعتبروا من غير من جعلت لهم غلة الوقف وإن كانوا ممن جعلت لهم غلة الحصص الأخرى ، أما إذا بين الحصص ومن وقفت عليهم وشرط المرتبات من غلة الجميع فإن الحصص كلها تعتبر بالنسبة للمرتبات وقفاً واحداً . وكذلك يكون الحكم لو أنه لم يسلك طريق تقسيم الأعيان إلى حصص ولكنه قسم الاستحقاق إلى سهام وبين لكل سهم مصرفه وشرط المرتبات على الأوضاع السابقة . وإذا وقف وقفه وبين مصارفه وشرط فى غلته مرتباً ثم وقف أعياناً أخرى وقال فى وقفه الثانى أن غلة الوقفين جميعاً تصرف على الوجه المبين فى وقفه الأول أو ذكر لغلة الوقفين مصارف وشروطاً هى عين ما ورد فى الوقف الأول كانت المرتبات مشروطة فى غلة هذين الوقفين واعتبرا وقفاً واحداً بالنظر لها . ولو أنه اكتفى فى وقفه الثانى بأن ألحقه بالأول ، وقال إن حكمه كحكمه وشرطه كشرطه ، فالظاهر من هذا أنه أراد أنه شرط فى الوقف الثانى نفس المرتبات التى شرطها فى الأول لا مثلها وأنه لا يريد تكرارها فيكون قد شرطها فى الغلتين معاً ، ويعتبر الوقفان وقفاً واحداً بالنظر لها ، وهذا من شأنه أن يضر بالمرتبات إن عرفت الغلة ثم قصرت فيما بعد ، ويكون الضرر أشد إن لم تعرف ، كما يظهر بأدنى تأمل ، وهذا إذا لم تقم القرائن على أنه أراد أن يشرط لأصحاب المرتبات فى الوقف الثانى مثل ما شرطه لهم فى الأول لا عينه ، فحينئذ ينظر لكل منهما على حدة . وإذا لم يدمج الغلتين فى بيان المصارف ولم يكتف بالإلحاق وبيّن للثانى مصارف هى عين الأولى أو غيرها وشرط لأصحاب المرتبات الواردة بالوقف الأول مقداراً يساويها فى وقفه الثانى ولم تقم قرينة على أنه أراد ألا يكرر المشروط اعتبر أنه أراد أن يشرط فى الوقف الثانى لكل منهما مرتباً آخر غير الذى شرطه له فى الأول ويكونان وقفين وينظر إلى كل منهما على حدة ، أما إذا قامت القرينة على أنه لم يرد التكرار كانت المرتبات واحدة مشروطة فى الغلتين معاً فيعتبر الوقفان وقفاً واحداً بالنظر لها ، كما لو وقف وبين المصارف وشرط فى غلة هذا الوقف ما يكفى لإقامة الشعائر والإنارة والفرش وغير ذلك

من مصالح المسجد الذى أنشأه ، ثم وقف وقفاً آخر و بيّن مصارفه وشرط فيه مثل الشرط السابق ، فمثل هذا الواقف لا يمكن أن يقال أنه أراد التكرار وأنه شرط لمسجده كفايتين لا حاجة إلى إحداهما ، ولا مناص من القول بأنه أراد إخراج هذه الكفاية من مجموع الغلتين فيعتبر الوقفان وقفاً واحداً .

ولو وقف ثلاثة مثلا فى عقدة واحدة ما يملكون على أنفسهم ثم على ذرياتهم وشرطوا فى الغلة جميعها مرتبات كانت الأوقاف الثلاثة وقفاً واحداً بالنظر للمرتبات ولا تأثير لتعدد الواقفين ما دامت العقدة واحدة والمرتبات قد شرطت فى الغلة كلها. ولو أن واقفاً وقف على هذا الوضع ثم جاء آخر ووقف أعياناً وألحقها بوقف الأول وجعل حكم وقفه كحكمه وشرطه كشرطه واعتبرت المرتبات واحدة فى الوقفين لا متعددة كان ذلك كما لو وقفا فى عقدة واحدة .

والمادة ٣٦ تفيد بعبارتها حكم اتحاد الواقف وهى أيضاً تفيد حكم تعدد الواقفين فى هاتين الصورتين وأشباههما ، ولكن بدلالة النص .

٤١٣ — نصيب المرتبات وكيف تقسم الغلة كل سنة .

و إذا تحقق وضع المسألة على الوجه الذى افترضه القانون و بينت مداه هذا البيان اعتبرت المرتبات كأنها سهام اشترطت فى غلة الوقف فى جميع الأحوال ، ولكن مخرج السهام يختلف باختلاف الأحوال . فإذا كانت غلة الأعيان الموقوفة التى شرطت فيها المرتبات معروفة حين الوقف كانت هذه الغلة هى المقسم و يكون مقسما ثابتاً ويكون للمرتبات فيها سهم ينتج من نسبة هذه المرتبات إلى الغلة وللموقوف عليهم ما بقى من السهام ، فإذا كانت المرتبات السنوية ٢٠٠ وكانت الغلة فى سنة حين الوقف ١٠٠٠ كان سهم المرتبات هو $\frac{٢٠٠}{١٠٠٠}$ أى الخمس وكان للموقوف عليهم أربعة الأخماس الباقية وتقسم الغلة كل سنة على هذا الأساس على ألا يأخذ أصحاب المرتبات أكثر مما سمى لهم . فإذا جاءت الغلة فى سنة ١٠٠ كان لذوى المرتبات خمسها فحسب وهو ٢٠ و إذا جاءت فى سنة ٢٠٠ كان لهم ٤٠ ولا يستبدون بكل الغلة فى هاتين الصورتين كما كان الحال من قبل . و إذا جاءت

فى سنة ٥٠٠ كان لأرباب المرتبات ١٠٠ ولا يأخذون كل ما سمى لهم كما كان الحال من قبل . وإذا جاءت الغلة فى سنة ألفاً أو أكثر من الألف — قلت الزيادة أو كثرت — فإنهم لا يستحقون إلا المائتين التى سميت لهم ولا يستحقون فى هذه الزيادة أى شىء . وينتهى إذ ذاك اعتبارها سهاماً فهى فى الواقع لا تعتبر سهاماً من ناحية الاستحقاق ألا حيث تقصر الغلة عن وقت الوقف وحيث يجب أن يدخل النقص على المرتبات . أن اعتبار المرتبات كالسهام من الغلة قام على أساس أن الواقف راعى غلة الأعيان الموقوفة حين وقف وقدر فيها هذه المرتبات مراعياً مقدارها حين ذاك وهو اعتبار وجيه له قيمته ، وهذا الأساس كما قلت من قبل كان يقضى بطرد الحكم قصرت الغلة أو زادت ، كانت المرتبات هى أكثر الاستحقاق أو أقله ، كانت لبعض الموقوف عليهم أو لغيرهم ، ما دام الأساس هو إرادة الواقف وقد افترضنا أنه راعى النسبة حينما قدر وعملنا بهذه الإرادة المفترضة ، وهذا هو أيضاً ما كان يقتضيه اتساق التشريع .

وهذه النسبة لها عاملان أحدهما الغلة وقد عرفت ما فيه ، والآخر المرتبات ، وهذه إن كانت معينة تعييناً حقيقياً فالأمر فيها واضح وإن كانت من المعين الحكمى الذى يختلف باختلاف الأزمان والظروف كنفقات الأناث من أولاده وذريته روعى القدر الكافى لها وقت استحقاقها لا وقت الوقف ، إذ من المقطوع به أن الواقف قد راعى ذلك فإنه يعلم أنها مما تختلف باختلاف الأحوال والأوقات وأن مستحقيها يزيدون وينقصون .

٤١٤ — وإذا لم تعرف الغلة حين الوقف اعتبرت المرتبات سهاما أيضاً ، ولكن المقسم يكون فى كل سنة مجموع غلتها ومقدار المرتبات ويكون سهم المرتبات فى غلة كل سنة هو ما ينتج من نسبة المقدار المشروط لها إلى هذا المجموع ، أى أن قسمة الغلة تكون بطريق العول بحيث يضرب الموقوف عليهم فى الغلة بالكل وأصحاب المرتبات بقدرها ، ومن شأن هذه الطريقة أن يكون المقسم غير ثابت ، وسهم المرتبات غير ثابت ، لأن الغلة غير ثابتة وهى العنصر الأساسى الذى

يتكون منه المقسم ، ومن شأنها أيضاً أن تدخل النقص على المرتبات دائماً ، هذا هو شأنها والأصل فيها إلا فى بعض صور نادرة سيأتى ذكرها . فلو وقف وقفه وجعل ريعه لمصارف بينها وشرط فيه مرتبات سنوية قدرها مائتان ولم تعرف الغلة حين الوقف وجاءت الغلة فى سنة أربعمائة كان المقسم ستمائة وكان لأصحاب المرتبات ثلث الغلة ، وإذا جاءت فى سنة خمسمائة كان لهم السبعان ، وإذا جاءت فى سنة ألفاً ومائتين كان لهم السبع . ومن طبيعة هذه الطريقة أنه كلما كانت الغلة كثيرة والمرتب قليلا كان النقص قليلا وفى العكس يكون النقص كثيراً .

ومن الصور التى يسلم فيها لأصحاب المرتبات جميع ما شرط لهم ولا يدخل عليه النقص ، ما إذا كانت هذه المرتبات من المرتبات الدائمة التى تفرز لها حصتها حين القسمة وطلبت القسمة فى سنة غير عادية زادت فيها الغلات زيادة عظيمة فإن هـذه المرتبات تقدر بالسهام على أساس متوسط خمس السنوات الأخيرة العادية ، فلو أعطيناها سهمها هذا من غلة السنة التى تجرى فيها القسمة لأخذت أكثر مما شرط لها فترد إلى ما شرط لها ولا تزيد ولا تنقص .

فلو فرض أن المرتبات كانت مائتين وأن الغلة كانت فى السنوات الخمس المذكورة على التوالى ٧٨٠ ، ٨٢٠ ، ٧٤٠ ، ٨٥٠ ، ٨١٠ ، وكان المتوسط ٨٠٠ كان سهم المرتبات هو الخمس ولو احتسب لها الخمس حين القسمة وفرضنا أن الغلة كانت حينذاك ١٥٠٠ لكنا قد احتسبنا لها مرتباً قدره ثلاثمائة وهو أكثر مما شرط لها فيحتسب لها حين القسمة ما شرط لها فحسب . وهذه الصورة من الصور التى عناها الشارع بالنص هنا على ألا تزيد المرتبات فى الحالة التى لا تعرف فيها الغلة عما شرطه الواقف . فالذى يراعى عنـد القسمة ليس هو السهم الذى ينتج من نسبة متوسط المقادير التى سبق أن استحقتها إلى الغلة حين القسمة ، ولا سهمها فى الغلة حين القسمة ، وإنما هو السهم الذى ينتج من تقدير المتوسط مأخوذاً من الغلة حين القسمة ، على أنه إن زاد عما شرط لها استحقت المشروط لا غير واحتسب سهمها بمقداره منسوباً إلى الغلة الحاضرة . ويظهر هذا جلياً من

النص هنا على أنها لا تستحق أكثر مما شرط لها ومما جاء بالمذكرة التفسيرية صريحاً فى أن المراد بالتقدير على أساس المتوسط هو معرفة النسبة والسهم فى المتوسط لا متوسط المقادير الذى سبق أن استحقتها ، فاذا كانت هذه النسبة تعطيها فى الغلة الحاضرة حين القسمة أكثر مما شرط لها فانها لا تأخذ هذه الزيادة ويسلم لها المشروط كاملا ويكون سهمها حين القسمة هو السهم الناتج من نسبة المقدار المشروط إلى مقدار الغلة حينها .

٤١٥ — وقسمة الغلة بطريق العول إذا لم تعرف الغلة حين الوقف إنما تقوم على أساس أن الواقف قد جعل لبعض الموقوف عليهم كل الغلة وجعل للبعض الآخر فيها مرتبات فيضرب كل عند قسمتها بما جعل له ، وهذا الأساس انما يستقيم إذا كان الواقف قد صرح بذلك أو أطلق ، ولا يستقيم إذا كان الواقف قد بدأ بذكر المرتبات وجعل لباقى الموقوف عليهم مافضل أو أطلق أولاً ولكنه شرط فيما بعد البدء بإخراجها من الغلة وتبين أن الآخرين هم المقصودون بالوقف إذ أنه لايمكن أن يقال فى هاتين الحالتين أن الواقف قد شرط لباقى الموقوف عليهم كل الغلة حتى يضربوا بها كاملة عند قسمة الغلة . وهذا عيب واضح من عيوب هذه الطريقة ، وعيبها الأكبر أنها تدخل النقص على أصحاب المرتبات دائماً اللهم إلا فى بعض صور نادرة ، ثم يأتى بعد ذلك العيب المشترك وهو عدم الاتساق لعدم طرد الحكم فى مختلف الأحوال والصور على الوجه الذى بينته فى القسمة إذا عرفت الغلة ، على أن قسمة العول هذه ليس فيها غناء يذكر ولا تحقق العدالة على وجه مرضى فى الأحوال التى كانت الباعث الحقيقى لسن هذه الأحكام . فلو أنه وقف عمارة له حديثة الإنشاء فى حى من الأحياء الراقية إذ ذاك وشرط فيها مرتبات سنوية قدرها ٥٠٠ جنيه ثم انحطت درجة هذا الحى وشاخت العمارة لحد كبير حتى كانت لاتغل فى السنة أكثر من مائة جنيه ولم تعرف الغلة حين الوقف ولكن كان من المقطوع به أن المرتبات لم تكن إلا جزءاً يسيراً منها فإذا قسمنا الغلة بطريق العول لم يأخذ الموقوف عليهم سوى السدس وما أقل هذا وما أتفهه بالنسبة لقوم نقطع

بأنهم المقصودون بالوقف ، وأريد أن يكون لهم أكثره كما هو المفروض فى المسألة .

ولو أن الشارع جعل الأحوال ثلاثة بدلاً من اثنتين ، وقال أنه إذا عرف أو دلت القرائن على أن الغلة لم يطرأ عليها بعد الوقف نقص يعتد به سلمت المرتبات لأربابها ، أما إذا عرف أو دلت القرائن على طروء هـذا النقص بوجه عام فان عرفت الغلة حين الوقف كان الحكم كذا وإن لم تعرف كان الحكم كذا لو أنه صنع هذا لاتقى أهم العيوب وكانت طريقة العول لايلجأ إليها إلا فى أحوال نادرة.

٤١٦ — تعدد المرتبات

إذا كان المشروط فى غلة الوقف مرتباً واحداً فالأمر واضح . وإذا تعددت المرتبات فإن الشارع قد سلك فى تعبيره بمتن القانون وبالمذكرة التفسيرية سبيل اعتبارها جميعاً جملة واستخراج حصة أو سهم لمجموعها . وهذه الطريقة لا تختلف فى الواقع عن استخراج سهم كل مرتب على حدة ، فهما فى هذا سواء ولا يلحق الموقوف عليهم ضرر من هذه الطريقة أو تلك مادام المقسم واحداً وهو الغلة حين الوقف أن عرفت ومجموع الغلة والمرتبات فى كل سنة إذا لم تعرف ، فسيان بعد هذا أن نستخرج لجميع المرتبات سهماً يوزع بين أربابها كما يصنع بعض الفقهاء فى قسمة التركة بين ذوى الفروض والعصبة ، أو أن نستخرج لكل سهمه من أول الأمر .

فلو شرط فى وقفه لشخص مائة ، ولجهة خمسين ، ولأخرى خمسين ، وكانت الغلة حين الوقف ثمانمائة فإن نظرنا إلى مجموع المرتبات كانت مائتين وكان سهمها الربع ، وإن نظرنا إلى كل مرتب على حدة كان سهم الشخص الثمن وسهم كل من الجهتين نصف الثمن ، ومجموع ذلك هو الربع فلا فرق بين الطريقتين . وإذا لم تعرف الغلة حين الوقف وجاءت فى سنة ثمانمائة ونظر إلى سهم المرتبات كلها كان الخمس ، وأن نظر إلى سهم كل مرتب على حدة كانت السهام هى العشر للشخص ونصف العشر لكل جهة من الجهتين ، ومجموعها هو الخمس بعينه . غير أنه فى قسمة العول يجب إضافة جميع المرتبات إلى الغلة لاستخراج المقسم لا إضافة كل مرتب على حدة واعتبار هذا المجموع مقسماً بالنسبة له .

ولكن الشارع قد فضل طريقة الجمع لأنها طريقة تصلح فى كل الأحوال وهى المتعينة فى حالة ما إذا تعددت المرتبات وقدم الواقف بعضها على بعض، كأن قال يعطى فلان من غلتها كل سنة مائة وما فضل منها يعطي فلان منه خمسون ثم يعطى فلان مما فضل خمسون وهكذا ، أو وقف و بين المصارف المقصودة بالوقف وشرط أن يبدأ باعطاء فلان مائة ثم يعطى بعد ذلك فلان خمسين، فالواقف قد شرط مجموع المقادير التى سماها لأصحاب المرتبات فى الغلة التى قصد بها غيرهم أصالة ، وان كان قد قدم بعضهم على بعض فى ذلك ، فالذى يراعى فى النسبة هو جميع ماجعل للمرتبات ويكون سهمها بهذا المقدار ، أما قسمة مايصيب هذا السهم من الغلة بين أصحاب المرتبات ومقدار مايستحقه كل منها على حدة فلا حكم لهذا القانون فيه لأنه لم يعن هنا إلا ببيان الصلة بين الموقوف عليهم و بين ذوى المرتبات أما صلة ذوى المرتبات بعضهم ببعض فانه لم يعرض لها فتبقى خاضعة لمذهب الحنفية ، وأحكامه فى مثل هذه الحال تقضى بتفضيل من جعله الواقف مقدماً على غيره فيبدأ به فى القدر الذى أصاب المرتبات ولا شىء لغيره فيه إلا بعد أن يستوفى كل ماجعل له كما سيتضح هذا فى أقوال الفقهاء .

٤١٧ — المراد من الغلة ومصرفها

الغلة التى قررت هذه المادة قسمتها هى غلة الوقف الذى شرطت فيه المرتبات ، بعضاً كان أو كلاً أو أوقافاً متعددة اعتبرت بالنظر لهذه المرتبات وقفاً واحداً كما سبق بيانه ، والقانون قد أتى فى هذا المقام بلفظ الغلة مظهراً من غير حاجة إلى الإظهار ولكن هذا ليس من شأنه أن يوقع فى لبس فأل فيها للعهد والمقصود واضح.

والقانون هنا يتحدث عن غلة جعلت للموقوف عليهم وتقسم بين ذوى المرتبات وباقى الموقوف عليهم ، وهى الغلة التى تكون حقاً خالصاً لهم . وهذه ليست إلا صافى الغلة بعد إخراج ماعلى العين المغلة من الضرائب والأجر كالأحكار ونحوها ، وإخراج ماتحتاج إليه فى الصيانة والحفظ والعمارة ومنه ما أوجب هذا القانون احتجازه من صافى ريع المبانى الموقوفة ، وإخراج مايحتاج إلى إنفاقه

للحصول على الغلة وجبايتها كأجر العاملين فى الوقف وأشباه ذلك . فما يحتاج إليه فى جميع هذه الوجوه يجب إخراجه من الغلة أولاً ولا حق فيه للمستحقين ، فلا يعتبر مقسماً أو يدخل فى المقسم إلا مافضل بعد هذا . فلو شرط فى الغلة مرتبات مقدارها مائتان وكانت الغلة كلها حين الوقف ثمانمائة وكانت النفقات فى هذه الوجوه مائتين كان سهم أصحاب المرتبات هو الثلث لا الربع .

ويجب أن يراعى تساوى مدة المرتبات ومدة الغلة ليمكن إجراء النسبة واستخراج السهم ، فاذا كانت المدة واحدة كمرتبات شهرية فى غلة شهرية أو مرتبات سنوية فى غلة سنوية فالأمر واضح . وإن اختلفت المدة وكانت المرتبات يومية أو شهرية فى غلة سنوية نظر إلى المرتبات فى مدة سنة ، وإن كانت الغلة شهرية والمرتبات سنوية نظر إلى غلة سنة . وينظر إلى ذلك حين الوقف ، أى إلى ما وقع أو كان واقعاً وقت الوقف ، فالمدة التى ينظر اليها هى المدة السابقة على الوقف مباشرة أو التى وقع الوقف أثناءها ، أى التى تكون غلتها معروفة للواقف حين شرط وقدر أنه راعاها حينما بين مقادير المرتبات أما المقبلة إذا لم تكن معروفة له فلا تصلح أساساً لهذا الغرض بداهة . فاذا كانت الأرض تؤجر نظر إلى أجرة المدة التى كان الوقف خلالها أو نظر إليها وإلى مايكملها مما قبلها إن كانت هذه لا تفى بالمدة التى يجب النظر إلى غلتها وإن وقع الوقف عقب انتهاء إجارة وقبل إبرام الأخرى نظر إلى أجرة ما مضى .

٤١٨ — وقد بينت فيما مضى أن الغلة فى الاصطلاح الفقهى لا تتناول المنفعة وأنها لا تتناول غير الأجرة وما تخرج الأرض وما تثمر الأشجار وما ينتج الحيوان وما يحصل عليه منه من لبن وصوف ونحو ذلك أى أنها لا تتناول إلا الأجرة وما يعتبره الفقهاء من الأعيان ، وأن غلة الأرض إذا وقعت المزارعة لم تكن إلا حصة الأرض من الخارج لا جميع ما أخرجت(١) . فالعين التى وقفت إذا كانت مؤجرة فأمر غلتها واضح ، أما إذا كانت تستغل فليست غلتها كل

(١) ص ٥٠٠ .

ما ينتج منها إذ أنه لم ينتج من الأرض وحدها وإنما نتج من العمل ورأس المال والعين ، فمثلا الأرض التى تزرع ليس ما تخرجه من الزرع ناشئاً عن الأرض وحدها بل هو ناشىء من رأس مال اشترى أو استؤجرت به الماشية والآلات والبذر وغير ذلك ومن عمل العامل على الزرع والقائم بأمره ، ومن الأرض ، فما تخرج يكون مقسوما على هذه الجهات حسب العرف وتكون حصة الأرض هى غلتها دون سواه . وإذا نظرنا إلى الواقع نظرة باحثة وجدنا أن حصة الأرض لا تعدو أن تكون مثل أجرتها وقد تزيد قليلا أو تنقص يسيراً وذلك أمر لا يؤبه له ، ومن يعملون فى أرضهم من مختلف الطبقات لا يقدمون على ذلك إلا لرغبتهم فى العمل وعن البطالة وحرصهم على تولى شئون أرضهم بأنفسهم ليحفظوا عليها قوتها أو ليكفلوا استمرار إصلاحها على الوجه الأكمل ولم يكن هذا منهم لأنهم يرون أن حصة الأرض من الخارج تزيد على أجرتها زيادة يعتد بها .

ومتى راعينا أن حصة العين من الغلة وأجرتها تكادان تتساويان إذا جرت الأمور فى مجراها العادى ، وأن الحصة من الغله تخضع لعوامل متقلبة لا تأثير لها فى الأجرة كإهمال القائمين بالاستغلال وعنايتهم ، والسلامة من الآفات المفاجئة وعدمها ، وأن الأقلية الضئيلة من المستغلين هم الذين ينشئون دفاتر منظمة يمكن أن يستخرج مما ورد بها ما يعتبر غلة العين الحقيقية وأن الأكثرية لا تعرف عن هذا شيئاً ولا تعنى به ، وأن جهالة الغلة حين الوقف تؤدى حتماً إلى قسمة العول وفيها من المضار والعيوب ما عرفت ، وأن الشارع حينما يقنن إنما يعنى بالأمور المنضبطة التى تسهل معرفتها فهى وحدها التى تصلح لأن تتخذ أساساً ولا يلجأ إلى أناطة الأحكام بأمور لا تسهل معرفتها وليست منضبطة ويكاد الاعتماد عليها يكون خيالياً ، ومتى راعينا كل هذا عرفنا أن الأصل عنده فى غلة العين هو أجرتها اللهم إلا إذا عرفت حصتها فى حالة الاستغلال على وجه منضبط .

٤١٩ — ومتى فهمنا ما يريده الشارع من الغلة على هذا الوجه الصحيح كانت

معرفتها فى الأعم الأغلب من أيسر الأمور ولا نلجأ إلى قسمة العول إلا فى النذر اليسير .

وطرق معرفة الغلة بمعنى الأجرة كثيرة ، فإذا كان عهد الوقف قريباً فما أسهل تقديرها على الاقتصاديين مع مراعاة جميع العوامل التى تجب مراعاتها ، وإذا كان عهده بعيداً وكان إشهاده من الإشهادات التى تذكر فيها قيم الأعيان الموقوفة وضرائبها ورسومها أو من الإشهادات التى يذكر فيها الريع السنوى كاشهادات التغيير فى المصارف كان من السهل جداً تقدير أجرة العين حين الوقف طبقاً للقواعد الاقتصادية .

وإذا لم يوجد فيها شىء من ذلك أمكن تقدير الأجرة بالرجوع إلى الضرائب التى كانت مضروبة عليها حين الوقف ، أو بالرجوع إلى عقود وإشهادات تأجير الأعيان المجاورة والمماثلة لها فى ذلك الحين . وإن لم يكن شىء مما ذكر أصلا ، وهذا لا يكون إلا نادراً جداً وفى الأوقاف التى تقادم عهدها ، فلا مناص من الالتجاء إلى قسمة العول .

٤٢٠ — وإذا كان حمل الغلة فى عبارة المادة على المعنى الذى سبق إيضاحه قد أملته الاعتبارات السابقة وعينته ، فإن أساس الفكرة واستيعاب الأحكام يقضيان بحملها على ما يشمل الغلة الفعلية والغلة التى يمكن أن تأتى منها حتى تتناول ما إذا كانت الأعيان الموقوفة غير مستغلة بالفعل ، إذ من الممكن أن تعرف غلتها بهذا المعنى ، أى أجر مثلها ، وإن لم تكن مستغلة ولا مؤجرة بالفعل . فمن وقف داراً له على نفسه ينتفع بها غلة واستغلالا وسكناً وإسكاناً ثم من بعده على مصارف بينها وشرط فيها مرتبات بعد موته ، ومن أنشأ عمارة ووقفها قبل أن يؤجر شيئاً منها وشرط فيها مرتبات ، ومن اضطرته ظروف خاصة إلى تعطل أرضه سنة من السنين فلم يستطع زرعها ولم يجد من يستأجرها ووقفها خلال هذا العام وشرط فيها مرتبات ، هؤلاء لم يراعوا حين تقدير المرتبات غلة فعلية وإنما راعوا الغلة التى يمكن أن تأتى منها إذ ذاك وهى أجر المثل ، ولو أنا حملنا

الغلة على الغلة الفعلية حين الوقف لكانت أحكام المادة غير متناولة لهذه الصور وأشباهها ، إذ ليس هناك غلة أصلا حتى يقال أنها عرفت أو جهات ولأهدرنا الأساس المعروف الذى راعاه الواقف فى التقدير وفرقنا بين النظائر بغير مبرر ، على أن حمل الغلة على الغلة الفعلية يصطدم بالاعتبارات التى عينت أن يراد منها الأجرة أو ما يساويها إن كانت مستغلة بغير التأجير .

٤٢١ — والمراد بحين الوقف الذى تراعى الغلة فيه هو الوقت الذى شرطت فيه المرتبات ، فإن غلة هذا الحين هى التى راعاها الواقف عند التقدير ، فإذا كان قد أنشأ وقفه ولم يشترط فيه مرتبات أصلا ثم غير فى مصارف وقفه بعد مدة واشترط فيه مرتبات اعتبرت الغلة حين التغيير ، و إذا كان قد اشترط فيه مرتبات حين الإنشاء ثم زاد فى هذه المرتبات أو نقص اعتبرت الغلة عند التغيير ، وكذلك إذا اشترط مرتبات حين الإنشاء ثم غير واشترط مرتبات أخرى فى التغيير ولم يمس المرتبات الأولى بزيادة أو نقص لأنه أعاد النظر حين التغيير فى أمر المرتبات فاستبقى الأولى وضم إليها مرتبات ، فعرفنا أنه راعى فى أمر المرتبات جميعها غلة الوقف حين أجرى التغيير ، أما إذا غير فى المصارف الأخرى ولم يعرض للمرتبات أصلا فإنه لا يوجد ما يعين أنه أعاد النظر فى أمر المرتبات وأن استبقاءه لها كان على أساس الغلة حين التغيير وأقصى ما فيه أن يكون أمراً محتملا فلا يعدل عن الثابت بيقين إلى ما هو محتمل و يبقى المراعى فى شأن المرتبات هو غلة الوقف حين اشتراطها.

هذا هو ما يمليه الأساس الذى قامت عليه مراعاة النسبة بين المرتبات وغيرها ، و إن شئت بعد هذا قلت إن حكم اشتراط المرتبات حين إنشاء الوقف تفيده المادة ٣٦ بعبارة النص وتفيد حكم اشتراطها بعد إنشائه بدلالة النص ، و إن شئت حملت كلمة « الوقف » فى قولها « حين الوقف » على الوقف على ذوى المرتبات ، كان ذلك حين الإنشاء أو بعده ، فكل منهما طريق سليم و يؤدى المعنى الذى تتعين إرادته .

٤٢٢ — و إذا لحق وقفاً بآخر له واعتبرا وقفاً واحداً بالنظر إلى المرتبات

واعتبرت مشروطة فى مجموع غلتيهما ولم تعتبر مكررة ، كان المراعى فى تقديرها هو مجموع الغلتين حين الوقف الأخير إذ الواقف واحد وقد راعى فى التقدير الأخير مجموع الغلتين فهو الذى يعتد به ،فإن عرفتا حينذاك كانت القسمة الأولى، و إن جهلتا أو جهلت إحداهما حينذاك كانت قسمة العول . و إذا تعدد الواقفون وكان الفرض ما ذكرنا ، فمن الواضح أن من عدا الواقف الأول أراد من إلحاق وقفه بالوقف الأول أن يكون توزيع غلته كما توزع غلته، ومن كيفية توزيعها أن يكون لأصحاب المرتبات سهم فيها بالنسبة لغلته ، فالعبرة بغلة الوقف الأول وحدها ، فإن عرفت حين الوقف —جهلت الغلات الأخرى أو عرفت— نسبت المرتبات إليها وحدها وكان لأربابها ما يوازى هذا السهم فى الغلات على ألا تزيد عما شرطه الواقف الأول . و إذا لم تعرف غلة الوقف الأول حين الوقف —جهلت الغلات الأخرى أو عرفت—كان للمرتبات سهم ينتج من نسبتها إلى مجموع غلة الوقف الأول فى كل سنة مضافاً إليها المرتبات على ألا تزيد عما شرطه الواقف . فإذا فرض أنهما وقفان ألحق الثانى بالأول الذى شرط فيه واقفه مرتبات قدرها مائة وكانت غلته حين الاشتراط ثمانمائة كان للمرتبات الثمن فى مجموع الغلتين على ألا تزيد— عرفت غلة الوقف الثانى حين وقفه أو لم تعرف — فإذا جاءت غلة الأول فى سنة ألفاً والثانى خمسمائة كان للمرتبات مائة ، و إذا جاءت الأولى فى سنة ثلاثمائة والثانية ستمائة كان للمرتبات مائة ، و إذا جاءت الأولى فى سنة خمسين والثانية خمسين وثلاثمائة كان لها الثمن أى خمسون ، و إذا لم يغل الوقف الأول فى سنة وأغل الثانى ثمانمائة أو أكثر كان للمرتبات مائة و إن أغل أقل منها كان للمرتبات ثمن غلته . و إذا لم تعرف غلة الوقف الأول حين اشتراط المرتبات وجاءت غلته فى سنة ثمانمائة وغلة الثانى أربعمائة لاتأخذ التسع فى مجموع الغلتين ولكن تأخذ منها مائة لاتزيد ، و إن كانت الأولى فى سنة خمسين والثانية خمسين وثلاثمائة أخذت المائة لاتزيد ولا تأخذ الثلثين و إن كانت الثانية مائتين وخمسين أخذت المائة و إن كانت مائة وخمسين فأقل أخذت المرتبات ثلثى المائتين أو مادونها ، و إذا لم يأت الوقف الأول فى سنة بغلة أصلا

بأن كان داراً فتخربت وأغل الوقف الملحق غلة وفيرة فليس فى الاستطاعة حرمان أصحاب المرتبات من هذه الغلة ، وتعتبر أنها مجموع الغلتين .

٤٢٣ — إجمال

وقد رأيت حسناً بعد أن شرحت المادة ٣٦ هـذا الشرح الوافى للفنيين من رجال الفقه والقضاء أن أورد مجملا لما تطبق فيه أحكامها وما لاتطبق لعله ينفع من يشترك فى تقدير المرتبات من غيرهم ، فأحكام المرتبات كما أن لها دخلا فى الاستحقاق ، لها دخل كبير فى أكثر مواد القسمة التى يتأخر الفصل فيها إذا لم تراع فيها أحكام المرتبات بدقة .

فأحكام هذه المادة تطبق على المرتبات ، دائمة كانت أو غير دائمة ، خيرية كانت أو أهلية ، إذا كان الوقف قد قصد به بعض الموقوف عليهم وكانت المرتبات قد شرطت لغيرهم .

ولا تطبق فى الأحوال الآتية : (١) إذا لم يكن المقدار المشروط فى غلة الوقف معيناً ولا فى حكم المعين . (٢) إذا كان معيناً أو فى حكم المعين ولكنه اشترط دفعة واحدة . (٣) إذا كان مقداراً معيناً متكرراً ولكنه غير دورى . (٤) إذا كان معيناً ومتكرراً ودورياً ولكنه اشترط على سبيل الأجرة أو لمنفعة الوقف نفسه . (٥) إذا وزعت غلة الوقف بطريق المرتبات . (٦) إذا كان أصحاب المرتبات هم المقصودين بالوقف . (٧) إذا كان بعض الموقوف عليهم هم المقصودين بالوقف وكانت المرتبات قد شرطت لهم أو لبعضهم . (٨) إذا لم تكن المرتبات مشروطة من الواقف . فى جميع هذه الأحوال لاتطبق أحكام هذه المادة بل يطبق أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة .

٤٢٤ — سريان هذه الأحكام

وأحكام هذه المادة كما تسرى على الأوقاف الصادرة بعد العمل بهذا القانون تسرى على الأوقاف التى صدرت قبل العمل به طبقاً للمادة ٥٦ ، فالمرتبات المشروطة فيها تخضع لهذه الأحكام ، ولكنها طبقاً للمادة ٥٩ لا تطبق على الحوادث

السابقة على العمل به لأنها أحكام تتعلق بتوزيع الغلة بين من جعلت لهم و بين ذوى المرتبات فى كل غلة تظهر تبعاً لوفائها أو انحطاطها وليس لمن ثبت له استحقاق أو زاد استحقاقه بمقتضى أحكام هذا القانون أن يطالب بذلك إلا فى الغلات التى تحدث بعد العمل به ، فلو كانت المرتبات بمقتضى الأحكام السابقة تستحق كل الغلة أو تستحق أكثر مما أعطاها هذا القانون فليس للموقوف عليهم أن يطالبوا بما ثبت أو زاد لهم فى الغلات السابقة و إن تأخر صرفها لذوى المرتبات إلى مابعد العمل بهذا القانون لأنها صارت حقاً لهم بمجرد ظهورها .

ولا تطبق هذه الأحكام أيضاً إذا كانت مخالفة لأحكام قضائية بقيت نافذة طبقاً للمادة ٦٠ . وهى لاتكون نافذة إلا بين طرفى الخصومة فلا تكون نافذة بين غيرهما ولا بين أحدهما وغيرهما و إن كان الفصل بينهما تناول أساس المسألة لأن الأحكام القضائية لاتكون ملزمة لمن لم يكن ممثلا فيها ، أما قرارات محاكم التصرفات فأنها لاتمنع من تطبيق هذه الأحكام ، وتفصيل ذلك يأتى بعونه ومشيئته فى شرح المادة المذكورة .

وتطبق أحكام هذه المادة على الأوقاف الواردة بالمادة ٦١ لأنها ليست من المواد التى استثنيت فيها . ولم تستثن هذه المادة أيضاً فى المادة ٥٨ لأنه لاحاجة إلى هذا الاستثناء فاذا كان للواقف نص على أن أصحاب المرتبات يأخذون مرتباتهم كاملة وأن استغرقت كل الغلة أو مايؤدى إلى هذا المعنى كانوا هم المقصودين بالوقف فى نظره ولا يكون لهذه المادة حكم فى هذه الحال بعد أن عرفت مراد الشارع من جعل الغلة لبعض الموقوف عليهم . أما شرطه البدء بهم أو جعله مافضل من الغلة لغيرهم فانه لايؤدى هذا المعنى وبخاصة بعد أن يتبين من الظروف والملابسات أن غير ذوى المرتبات هم المقصودون بالوقف وأنهم هم التابعون ، ولا يكون لهذا الترتيب أى مغزى فى هذه الحال سوى إظهار العناية بأصحاب المرتبات وحرصه على الوفاء بها و يظهر هذا جلياً فى المرتبات الخيرية .

(٢) محل المرتبات وقسمة الغلة بينها

٤٢٥ – بينت المادة ٣٦ حكم ما إذا جعل الواقف غلة وقفه لبعض الموقوف عليهم وشرط فى هذه الغلة مرتبات لغيرهم ، أما إذا جعل بعض أعيان وقفه لموقوف عليهم كعشرة أفدنة ، شائعة كانت أو مفرزة ، ولم يشرط فيها مرتبات ، ولم يبين مصرفا لغلات بعضها الآخر سوى مرتبات اشترطها ، فالأمر فى ذلك واضح ، إذ للواقف فى هذه الحال عدة أوقاف خاصة بعضها لموقوف عليهم وليس فيها مرتبات و بعضها اشترطت فيه وحده المرتبات فلا شبهة فى أن المرتبات لا شأن لها بغلات الأعيان التى لم تشترط فيها ولذلك لم يعن الشارع بإيراد أحكامها . وقد بينت المادة ٣٧ حكم ما إذا جعل الواقف لبعض الموقوف عليهم سهاما فى غلة وقفه أو سهاما شائعة فى أعيانه ولم يستوعب توزيع السهام وشرط مع ذلك مرتبات وصرح بأنها فى الغلة جميعها ، أو فى السهام الباقية من الغلة ، أو فى غلة السهام الباقية من الأعيان ، أو لم يصرح بشىء من ذلك ، وسيان أن يكون الواقف قد جمع بين ذوى السهام وذوى المرتبات فى الوقف أولاً ثم فصل ، أو لم يجمع بينهم فى ذلك أولاً وعمد إلى التوزيع مباشرة .

٤٢٦ – والمراد من الوقف فى المادة ٣٧ هو المراد منه فى المادة ٣٦ فهو شامل لشتى الصور التى أوردتها هناك . فلو جعل نصف غلة وقفه أو غلة نصف أعيانه لأولاده وذريته ولم يشترط فيه مرتبات ، وجعل الثلث من ذلك لعتقائه وذريته واشترط فيه مرتبات لغيرهم ، وسكت عن السدس الباقى ولم يجعله لأحد صراحة واشترط مرتبات أخرى وصرح بأنها من هــذا السدس أو لم يصرح وأطلق ، كان وقفه هذا أوقافاً متعددة ، فلا صلة لوقف أولاده بشىء من هذه المرتبات جميعها ، ولا صلة لوقف العتقاء بالمرتبات الأخيرة وتطبق على المرتبات المشروطة فيه أحكام المادة ٣٦ ، أما المرتبات الأخيرة فإن محلها هو السدس طبقاً للمادة ٣٧ .

٤٢٧ – والمرتبات الواردة بالمادة ٣٧ شاملة للمرتبات الأهلية والخيرية والدائمة وغير الدائمة ، والسهام أيضاً شاملة للأهلية وللخيرية . ولا تطبق أحكام هذه المادة إذا كانت المرتبات مشروطة لمن جعلت لهم السهام أو لبعضهم لتقييد الحكم الوارد فى المادة بحالة ما إذا كانت مشروطة لبعض آخر . وكان من الحق والعدل ألا يكون ذلك القيد ما دام الأمر يقوم على فهم إرادة الواقف اعتماداً على القرينة المذكورة ويستوى فى هذا ما إذا كان أصحاب المرتبات من غير ذوى السهام أو من بينهم .

٤٢٨ – ويلزم حتما من أن المرتبات فى هذه الحال يكون محلها السهم الباقى لا غير وأن هذا السهم لم يبين له مصرف معين ، أن هذه المرتبات لا نسبة لها مع استحقاق آخر وأنها لا تعتبر سهاماً فى الغلة الباقية ، إذ هى المصرف الأول لها ، فإن وفت بها سلمت المرتبات لأربابها ولا يدخل عليها أى نقص ، وإن فضل من غلة هذا السهم فضل صرف فى المصرف الذى يجب أن يصرف فيه طبقاً للأحكام التى يجب تطبيقها ولما تدل عليه شروط الوقف ولا يكون للمرتبات حق فيه لأن الواقف لم يشترط أن تكون الغلة الباقية كلها لها والقانون لم يقل هذا ولم يقل أكثر من أنها تخرج منها ، وإن تعددت المرتبات وقصرت غلة السهم الباقى عن الوفاء بها فإنها لا تستحق شيئاً فى السهام الأخرى بل تقسم بين أصحاب المرتبات بنسبتها بحيث يضرب كل منهم فى الغلة بقدر ما شرط له .

وقد أطلق القانون قسمة الباقى على أصحاب المرتبات بالنسبة إذا لم يف بها ، غير أن من الواجب أن يراعى أن الشارع هنا لم يعن إلا ببيان الصلة بين أصحاب المرتبات وأصحاب السهام ولم يذكر هذه القسمة إلا لإفادة أنهم لا يأخذون شيئاً من غلة السهام الأخرى ، فهو لا يريد من وراء هذا الإطلاق معنى آخر ولم يعرض للصلة بين أصحاب المرتبات ولا للصلة بينهم و بين غيرهم إذا لم يكونوا من ذوى السهام فإذا تعددت المرتبات وكان الواقف قد شرط تقديم بعضها على البعض الآخر فإنها لا تقسم بينها بالنسبة ولكن يستوفى المقدم حقه ، فالقسمة على أصحابها

لا تكون بالنسبة إلا حيث تكون فى مرتبة واحدة كما هو واضح . ولو أن الواقف جعـــل لبعض الموقوف عليهم سهاما واشترط لغيرهم مرتبات ومقادير أخرى لا تعتبر مرتبات ، وأطلق أو صرح بأنها فى السهام الباقية أو صرح بأنها من الغلة فتمشياً مع الفكرة التى أملت على الشارع جعل المرتبات فى الباقى يجب أن تكون المقادير الأخرى منه أيضاً وهو الذى يفهم من مجموع نصوص الحنفية الآتية ، فإذا قصرت الغلة وكانت كلها فى مرتبة واحدة قسط الباقى بينها جميعها يضرب كل بقدر ما شرط له ، وإن كانت متفاوتة فضل من شرط تقدمه حتى يسلم له حقه . فلو أن الواقف جعل النصف لأولاده وذريته والثلث لإخوته وذريتهم ، وسكت عن السدس فلم يسم له مصرفاً معيناً ، واشترط مرتبات لإناس من خدمه وأتباعه الذكور وشرط أن من تزوجت من خادماته وتابعاته تعطى مقداراً معيناً من المال لجهازها وأطلق فى الشرط أو صرح بأن ذلك من السدس أو من الغلة ، وكان مجموع المرتبات فى السنة أربعين وما شرط لـكل من تتزوج عشرين ، وجاءت غلة السدس فى سنة ستين وتزوج ثلاث من الخادمات فى هذه السنة، كان لأصحاب المرتبات خمسا هذه الغلة ، أربعة وعشرون ، ولـكل خادم الخمس اثنا عشر من غلة هذه السنة على أن يستوفوا ما بقى من الغلات المقبلة لأن المقادير المعينة التى لا تعتبر مرتباً لا يدخل عليها نقص فى الاستحقاق وأن دخل عليها فى الاستيفاء ، ولو أن الواقف شرط تقديم المتزوجات على أرباب المرتبات أخذن الغلة كلها ولا شيء فى هذه السنة لأصحاب المرتبات .

٤٢٩ — سريان هذه الأحكام .

وأحكام المادة ٣٧ تطبق على الأوقاف الصادرة بعد العمل بهذا القانون وعلى الأوقاف الصادرة قبل ذلك فى الحوادث السابقة والحوادث اللاحقة على حد سواء طبقاً لنص المادة ٥٦ . وسترى فى بيان أقوال الفقهاء أن هذه الأحكام ليس فيها عدول عن أحكام مذهب الحنفية ولا عما يمكن أن يقال إنه الراجح منه وإذا كانت بعض الأحوال قـــد روى فيها أكثر من قول فإنه لم ينص على

رجحان أحد الأقوال ، فلا محل إذن لتطبيق أحكام المادة ٥٩ وتطبق أحكام المادة ٣٧ فى الغلات التى حدثت قبل العمل بالقانون ، غير أنها لا تطبق إذا كانت هناك أحكام نهائية قضائية مخالفة لها فيما بين طرفى الخصومة التى صدرت فيها هذه الأحكام . وأحكام هذه المادة تطبق أيضاً على الأوقاف الواردة بالمادة ٦١ من هذا القانون لأنها ليست من المواد التى استثنيت فيها .

(٣) نقص المرتبات لنقص الأعيان

٤٣٠ — وكما يدخل النقص على المرتبات بسبب تقصير الغلة أو بسبب قسمتها بين أصحاب المرتبات والموقوف عليهم الآخرين بطريق العول على النحو الوارد بالمادتين (٣٦ ، ٣٧) يدخل النقص عليها بسبب نقص الأعيان الموقوفة التى جعلت المرتبات فى غلتها . فالقانون قد بين سببين لنقص المرتبات كل منهما سبب قائم بذاته وله أثره الخاص ، فإذا وجد أحدهما وحده عمل بمقتضاه ، وإذا وجدا معاً ترتب على كل منهما حكمه ودخل على المرتبات النقصان للسببين ولا يقتصر على نقص واحد . فإذا وقف خمسة عشر فداناً وجعل فى ريعها مرتبات سنوية لغير الموقوف عليهم قدرها ثلاثون جنيها ، وعرف أن الغلة حين الوقف كانت مائة وخمسين جنيها ، وضاع بعد ذلك من هذه الأرض خمسة أفدنه ، ثم قصرت غلة الباقى فى سنة من السنين ، بأن انحطت أو كانت وفيرة ولكن هلك بعضها قبل القسمة أو كانت أجرة فضاع بعضها عند المستأجر ، فلم تكن إلا خمسة وسبعين ، كان نصيب المرتبات منها ستة جنيهات ، لأنه بضياع ثلث الأعيان نقصت المرتبات بقدر ذلك فكانت عشرين وتكون حصتها سهمين من خمسة عشر سهما تنقسم إليها الغلة ، فتستحق فيها إذا كانت خمسة وسبعين جنيها ستة لا غير ، وإذا فرض أن الغلة حين الوقف لم تكن معروفة وباقى المسألة كما هو مفروض كان للمرتبات ثلاثة جنيهات وثلاثة أجزاء من تسعة عشر جزءا ينقسم إليها الجنيه ، لأنها صارت بسبب نقص الأعيان عشرين والغلة خمسة وسبعون فيكون سهمها منها هو $\frac{٤}{١٩}$.

ومن الواضح أن نقصها للسبب الوارد هنا كغيره يستمر ما بقى هذا السبب قائماً فإذا زال زال النقصان الذى نشأ عنه . فلو فرض أن خمسة الأفدنة كانت قد ضاعت بسبب الغصب ثم استردت أو كان الماء قد طغى عليها مدة ثم انحسر عنها وعادت كما كانت فإن المرتبات تعود هى أيضاً كما كانت ، ولو فرض أن الذى عاد هو بعض ما كان قد ضاع لم يدخل النقص على المرتبات إلا بمقدار ما بقى ضائعاً .

ومن المعروف أن أصحاب المرتبات لا يستحقون أكثر مما شرط لهم ، ولكن هذا إنما يكون ما دام الوقف لم يقسم ، أما إذا قسم وأفرز للمرتبات حصتها من الأعيان فإنها قد تستحق أكثر مما شرط لها ، فلو فرض فى المثال السابق أن الغلة حين الوقف كانت معروفة وكان سهم المرتبات الخمس وكانت من المرتبات التى يقسم لها وكان نصيبها بعد القسمة فدانين استحق أصحاب المرتبات غلتهما كائنة ما كانت و إن كانت أضعاف ما شرط لها طبقاً للحكم الوارد بالمادة ٤١ .

٤٣١ — والمرتبات هنا قد أطلقت من كل قيد فهى شاملة للمرتبات الدائمة وغير الدائمة . وشاملة للمرتبات الأهلية والمرتبات الخيرية . وشاملة للمرتبات التى تكون للموقوف عليهم ، والتى تكون لبعضهم ، والتى تكون لغيرهم. وشاملة للمرتبات التى يكون محلها الغلة ، والتى محلها الباقى منها بعد السهام التى سميت لموقوف عليهم غير أصحاب المرتبات . فلو أنه وقف عشرين فداناً وجعل نصف غلتها لأولاده وذريته ، ور بعها لذرية أخته ، وشرط مرتبات سنوية قدرها أر بعون جنيها وكانت المرتبات فى ر بع الغلة الباقى ثم ضاع ر بع الأرض الموقوفة و بقى منها خمسة عشر فداناً نقصت المرتبات بمقدار الربع وصارت ثلاثين فحسب ولا يستحق أربابها أكثر من ذلك و إن بلغت غلة ر بع ما بقى من الأرض أضعاف ما شرط لأصحاب المرتبات : وقد أدى إلى هذا ما سلكه الشارع من اعتبار المرتبات كالسهام بالنسبة للغلة و بالنسبة للأعيان من ناحية النقص لا من ناحية الزيادة ، وقد أسلفت وجهة نظرى فى ذلك .

والحكم هنا خاص بالمرتبات لا يتناول غيرها من المقدرات التى لم تكتمل فيها عناصر المرتب ، فلا يتناول المقادير المعينة التى شرطت دفعة واحدة ، ولا التى يتكرر إخراجها ولكنها غير دورية ، ولا الدورية التى أخرجت مخرج الأجرة ، ولا التى تكون لفائدة الوقف نفسه ولم تجعل لموقوف عليهم .

٤٣٢ — والمرتبات تنقص بهذا السبب بنسبة ما نقص من أعيان الوقف، أى ينقص منها سهم بمقدار السهم الذى نقص من الأعيان ، فإذا نقص من الأعيان الثلث نقص من المرتبات الثلث وإذا نقص منها الربع نقص من المرتبات الربع وهكذا ، ومن البين أن نسبة ما نقص من الأعيان يرجع فيها إلى قيمتها حين النقص ، فلا يرجع فيه إلى العدد إذا كانت متفاوتة القيمة ، فإذا كانت عشرين (أتوموبيلا) اغتصبت منها خمسة ولم يمكن استردادها نظر إلى القيمة يوم الغصب لأنه هو الوقت الذى تحقق فيه سبب النقص ، فاذا كانت قيمتها جميعاً حينذاك عشرة آلاف جنيه وقيمة الخمسة المغتصبة أربعة آلاف نقص من المرتبات خمساها لا ربعها وكذلك الحال فى سائر المنقولات والدور والأرضين اتحد جنس الأعيان ونوعها أو اختلفا .

والنقص يدخل على المرتبات أى على المقدار الذى شرطه الواقف لا على المقدار الذى يكون مستحقاً لها وهذا هو صريح عبارة المادة الذى زاده تمثيل المذكرة التفسيرية وضوحا . ولا فرق بين إدخال النقص على المشروط أو على المستحق بهذه النسبة إذا كانت الغلة حين الوقف معروفة وإن قصرت بعد ذلك ، وإنما يظهر الفرق بينهما إذا كانت قسمة الغلة بطريق العول . فإذا وقف أعياناً كانت غلتها حين الوقف مائتين وشرط مرتبات مقدارها خمسون ونقص من أعيان الوقف ما يوازى خمسى قيمتها ثم جاءت غلة الباقى فى سنة مائة وخمسين استحقت المرتبات نصفا واثنين وعشرين على كل حال ، سواء أنقصنا المرتبات أولا بنسبة ما نقص من الأعيان فكانت ثلاثين ثم نسبنا هذا المقدار إلى مقدار الغلة حين الوقف وأخذنا من الغله الحاضرة بقدره ، أم نسبنا المشروط وهو خمسون

إلى الغلة حين الوقف واستخرجنا هذا السهم من الغلة الحاضرة ثم نقصنا منه الخمسين ، فالنتيجة فى كلتا الحالين واحدة . ولكن لو كانت الغلة حين الوقف غير معروفة ونقصنا المرتبات المشروطة بنسبة ما نقص من الأعيان وهو الخمسان فكانت ثلاثين ثم قسمنا بطريق العول استحقت المرتبات خمسة وعشرين وهذا هو ما يقضى به القانون ، أما إذا أبقينا المشروط كما هو وقسمنا بطريق العول ثم نقصنا استحقاق المرتبات بنسبة ما نقص من الأعيان وهو الخمسان كان استحقاقها نصفاً واثنين وعشرين ، وهذا ما لا يتفق مع نص القانون وفيه غبن على أربابها .

٤٣٣ — وأطلق نقص الأعيان فلم يقيد بأى سبب ، فهو شامل لنقصها بسبب الاستحقاق ، و بسبب رد الوارث وقف مورثه المريض فيما يتوقف على إجازته ، و بسبب الهلاك ، و بسبب الاستهلاك أو الغصب إذا لم يمكن الحصول على القيمة ولم يستطع رد المغصوب ، و بسبب بيع الأعيان وفاء للدين ، إلى غير ذلك من الأسباب .

٤٣٤ — والمراد بأعيان الوقف الأعيان الموقوفة التى اشترطت المرتبات فى غلتها ، كانت كل الموقوف أو بعضه أو أعيان أوقاف متعددة . فلو وقف أعيانا وشرط مرتبات وأطلق أو صرح بأنها من غلة الجميع كان محلها غلة الأعيان فينظر فى النقص إلى جميعها ، ولو وقف وجعل لكل فريق من الموقوف عليهم سهماً معلوماً فى الغلة وشرط مرتبات فى أحد هذه السهام دون البقية ، أو وقف وجعل لكل فريق منهم حصة شائعة فى الأعيان الموقوفة وشرط مرتبات فى إحدى الحصص دون غيرها ، فأى فريق منهم ليس له أعيان خاصة فإذا نقص شىء من أعيان الوقف كان النقص داخلاً على الجميع وينقص استحقاق كل فريق بنسبة ما نقص من الأعيان فالنسبة واحدة سواء أنظرنا إليها من ناحية الجميع أم نظرنا إليها من ناحية كل سهم أو حصة على حدة . و إذا وقف وجعل لكل فريق حصة معينة من الأعيان وشرط مرتبات فى إحداها نظرنا إلى ما نقص من هذه الحصة و إلى نسبته إلى أعيانها خاصة و يستوى ما إذا كانت الحصص الأخرى لم يلحقها

نقص أصلاً أو لحق النقص بعضها دون البعض أو لحق الجميع بمقدار أقل أو أكثر مما لحق حصة المرتبات ، و إذا لم يلحق حصة المرتبات نقص فلا ينقص شيء منها و إن دخل النقص على غيرها من الحصص . و إذا وقف وقفاً وشرط فيه أو فى حصة مفرزة من أعيانه مرتبات وألحق به هو أو غيره وقفاً آخر حتى كانت المرتبات محلها غلة الوقفين أو حصة معينة منهما على النحو الذى بينته سابقاً اعتبرت أعيان الوقفين أو الحصة أعياناً واحدة بالنسبة لنقصها وما يترتب عليه من نقص المرتبات النسبى.

٤٣٥ — سريان هذه الأحكام

وأحكام المادة ٣٨ تسرى على جميع الأوقاف ، سابقة على العمل بهذا القانون أو لاحقة له ، كانت من الأوقاف الواردة بالمادة ٦١ أو لم تكن منها ، كما أنها تسرى على الحوادث السابقة وعلى الحوادث اللاحقة على السواء ، وذلك كله طبقاً لأحكام المادة ٥٦ . فلو وقف أعيانا وشرط مرتبات ولحق الأعيان التى اشترطت فيها المرتبات نقص لأى سبب من الأسباب ودخل عليها هذا النقص قبل صدور القانون طبقت على هذه الحادثة أحكام هذه المادة و إن كانت قد وقعت قبل العمل به ونقصت المرتبات بقدر مانقص من الأعيان ، غير أن الموقوف عليهم ليس لهم حق فيما زاد فى استحقاقهم نتيجة لهذا النقص إلا فى الغلات التى تحدث بعد العمل بالقانون أما الغلات التى صدرت قبله فلا حق لهم فى المطالبة بشىء منها كما هو نص المادة ٥٩ . ولا تطبق أحكام هذه المادة إذا كان قد صدر حكم قضائى نهائى يخالفها وذلك فيما بين طرفى الخصومة التى صدر فيها هذا الحكم خاصة فلا يمنع من تطبيق هذه الأحكام إذا لم يكن طرفاه موجودين أو كان أحدهما موجوداً دون الآخر . أما قرارات محاكم التصرفات فانها لاتمنع من تطبيق هذه الأحكام بأى حال . فلو أن الأعيان نقصت قبل العمل بالقانون وطلب الناظر إذنه إذ ذاك بصرف المرتبات كاملة لأربابها فأذن بهذا لم يكن هذا الإذن حكما مانعاً من تطبيق أحكام هذه المادة ، ولو أن ناظر الوقف نقص المرتبات بمقدار ما نقص من الأعيان وطلب عزله فعزل أو ضم إليه ثقة لأسباب منها هذا النقص

أو لهذا السبب وحده لم يكن ذلك حكما يمنع من تطبيق أحكام هذه المادة . ولو أن أرباب المرتبات رفعوا دعوى على ناظر الوقف وحده يطالبون باستحقاقهم كاملاً فحكم لهم بذلك لم يكن هذا الحكم نافذاً بالنسبة للمستحقين الذين لم يكونوا خصوماً ويستوى فى ذلك من كان مستحقاً حين الحكم ومن ثبت له الاستحقاق بعده لأن الناظر لا يمثلهم فى حقهم الخاص طبقاً لما استقر عليه عمل القضاء الشرعى ولو أن بعضهم رفعوا الدعوى على المستحقين والناظر معاً كان هذا الحكم نافذاً بالنسبة للمحكوم لهم والمحكوم عليهم خاصة ويمنع من تطبيق هذه الأحكام فيما بينهم خاصة فلا نفاذ له بالنسبة لمن لم يكن خصماً من أصحاب المرتبات ولا بالنسبة لمن لم يكن خصماً من غير المستحقين وإن كان استحقاقه تالياً لاستحقاق المحكوم عليه أو المحكوم له لأنه لا يتلقى الحق عنه بل يتلقاه عن الواقف فلا يكون ممثلا له فى الخصومة ، ومتى كان الحكم غير نافذ على أحد من هؤلاء لا يمنع من تطبيق هذه الأحكام بالنسبة له وإن كان الطرف الآخر موجوداً ولو أن المستحقين أو أحدهم رفع الدعوى على الناظر وأصحاب المرتبات مطالباً باستحقاقه على أساس نقص المرتبات فرفضت دعواه كان هذا الحكم مانعاً من تطبيق هذه الأحكام فيما بينهم وبين المحكوم لهم من أصحاب المرتبات . وسيأتى بسط هذا بعون الله فى شرح المادة ٦٠ .

٤٣٦ — أسباب أخرى لنقص المرتبات

بين القانون هنا نقص المرتبات لانحطاط الغلة التى شرطت فيها ، ونقصها من ناحية قسمة الغلة بطريق العول ، ونقصها لنقص الأعيان التى اشترطت فى غلتها ، ولكنها ليست كل أسباب نقصها ، فقد تنقص المرتبات بل قد تنعدم إذا كان فيها مساس بالاستحقاق الواجب ، وقد تنقص أو تنعدم بسبب تطبيق أحكام المادة ٥٥ من هذا القانون ، وقد تنقص أو تنعدم إذا اختصت بنصيب مفرز وبيع هذا النصيب وفاء للدين طبقاً لأحكام المادة ٣٩ ، وقد تنقص أو تنعدم طبقاً للأحكام الفقهية التى يجب تطبيقها فى الأحوال التى لا تتناولها أحكام هذا القانون .

وأيا ما كان سبب النقص فإنه نوعان ، نقص فى الاستيفاء بمعنى أن الاستحقاق المشروط لم ينقص منه شىء وذلك كما إذا عرفت الغلة حين الوقف ثم انحطت بعد ذلك فإن المرتبات لا ينقص مما شرط لها شىء من ناحية قدر الاستحقاق وتضرب به كاملا فيما يأتى من الغلة حتى أنه لو كان فيهـا وفاء أخذت المرتبات كاملة ، ونقص فى الاستحقاق أى فى القدر المشروط بحيث لا تضرب إلا بما سلم لها منه لا بجميعه وذلك كالنقص بسبب نقص الأعيان و بسبب المساس بالاستحقاق الواجب . وإذا اجتمع فى حادثة واحدة سببان أو أكثر عمل بها كلها واجتمع عليها كل ما تقتضيه من نقص لأنها أسباب يقوم كل منها بنفسه ولا يخل بأثره وجود أسباب أخرى معه .

و بينما يلاقى أصحاب المرتبات ما يلاقون من شدة هذه الأحكام ترى المقدرات الأخرى التى لم تكتمل فيها عناصر المرتب لم ينلها أى نقص وما أكثر ما توجد هذه المقدرات وتكون أجوراً على الطاعات .

أقوال الفقهاء

٤٣٧ — (ا) مذهب الحنفية

الأحكام المتعلقة بهذا الموضوع فى مذهب الحنفية [١] قد أجملتها ورتبتها فيما يلى : —

١ — لو وقف على موقوف عليهم وسمى لبعضهم سهماً وسكت عن بقية السهام وعن باقى الموقوف عليهم لم يكن لمن سمى لهم أكثر ممـا سمى وكانت السهام الباقية المسكوت عنها لباقى الموقوف عليهم . فلو قال أرضى صدقة موقوفة على زيد و بكر وخالد ، لزيد الثلث ولبكر النصف كان السدس المسكوت عنه لخالد .

ولو وقف عليهم وسمى لكل منهم سهماً ولكنه لم يستوعب السهام كان لكل سهمه المسمى ويقسم الباقى بينهم على عدد رءوسهم . فلو قال على زيد

(١) هلال (٢٧٣ — ٢٨٦) الخصاف (١٤١ — ١٤٤) .

وبكر ، لزيد منها النصف ولبكر السدس ، كان لكل منهما سهمه ويقسم الباقي بينهما مناصفة .

ولو وقف عليهم وسمى لكل سهماً وزادت السهام فإن كلا منهم يضرب فى الغلة بقدر سهمه الذى سمى له . فلو قال على زيد وبكر ، لزيد النصف ، ولبكر الثلثان ، يضرب زيد فى الغلة بثلاثة ، ويضرب فيها بكر بأربعة .

٢ — ولو وقف عليهم وسمى لكل منهم رزقاً معلوماً ولم يزد كان لكل منهم فى الغلة رزقه الذى سمى ، وإن فضل فيها فضل قسم بينهم على عدد رءوسهم لا على قدر ما سمى لهم ، وإن قصرت الغلة قسمت بينهم يضرب فيها كل بقدر ما سمى له ، إلا أن يكون قد شرط البدء بأحدهم فإنه يقدم على غيره ويبدأ به . فلو قال صدقة موقوفة على زيد وبكر ، لزيد منها مائة ، ولبكر مائتان ، كان لكل منهما ما سمى له ، وإن زادت الغلة كانت الزيادة بينهما نصفين ، وإن قصرت فلم تكن إلا مائة مثلا قسمت بينهما أثلاثاً . ولو قال صدقة موقوفة على زيد وبكر وخالد لزيد كذا ، ولبكر كذا ، ولخالد كذا ، فقصرت الغلة قسطت بينهم يضرب لكل بما سمى له ، وإن زادت كانت الزيادة لهم جميعاً على عدد رءوسهم ولا تكون على قدر ما سمى لهم .

ولو قال صدقة موقوفة على قرابتى يعطى كل منهم ما يكفيه وقصرت الغلة قسطت بينهم يضرب فيها كل بقدر كفايته ، وإن زادت كانت الزيادة على عدد رءوسهم . ولو وقفها على الفقراء من قرابته يعطى كل ما يكفيه فى الطعام والكسوة بالمعروف وقصرت الغلة يضرب كل فيها بقدر ما يكفيه ، وإن فضل فيها فضل قسم على عدد رءوسهم .

٣ — ولو وقف عليهم وسمى لبعضهم أرزاقا معلومة لم يكن لذوى الأرزاق فى الغلة سوى أرزاقهم ويبدأ بهم شرط البدء أولم يشترط ، وما بقى بعد الأرزاق يكون للآخرين قل أو كثر ، وأن لم تأت الغلة إلا بهذه الأرزاق أو أقل منها أخذها ذوو الأرزاق وحدهم . فلو قال على زيد وخالد وبكر ، لزيد منها مائة درهم كل

سنة ، فلزيد ما سمى له وما بقى قل أو كثر، كان للآخرين ، وإن لم تكن الغلة إلا مائة درهم فهى لزيد . ولو قال صدقة موقوفة على قرابتى يعطى فلان ، رجل من القرابة ، منها مائة أعطى فلان هذا من الغلة مائة ، وما بقى منها فهو للقرابة . ولو قال صدقة موقوفة لعبد الله وزيد ، يبدأ بعبد الله فيعطى منها مائة فإن لم تكن الغلة إلا مائة أو أقل كانت كلها لعبد الله .

٤ — جاء فى وقف هلال أنه لو قال صدقة موقوفة لعبد الله ، ولزيد منها مائة درهم ولم تكن الغلة إلا مائة أعطيت لزيد ، وكذلك لو قال صدقة موقوفة على أن ما أخرج الله من غلاتها فهو لعبد الله ولعمرو من ذلك مائة درهم فى كل سنة ، وأنه إذا سمى الجميع للأول ثم سمى للثانى شيئاً بدىء بصاحب الجميع فأعطى فإن فضل بعد ذلك أعطى الآخر . ومن هذا يظهر أن جعل الجميع للأول قد يكون بجعل الوقف عليه بإطلاق وقد يكون بالتصريح بأن ما أخرج الله من الغلة له ، فهما فى إفادة هذا المعنى سواء . وهلال لم يرو فى هذا الحكم خلافاً لأحد .

أما الخصاف فقد جاء فيه أنه لو قال على زيد وعمرو ، لزيد غلتها فى كل سنة ولعمرو من غلتها مائتا درهم فجاءت الغلة ألف درهم كانت الألف بينهما على ستة أسهم يضرب زيد بجميع الغلة وهو ألف درهم ، ويضرب عمرو بمائتى درهم ، فيكون لزيد خمسة أسداس الغلة ، ولعمرو سدسها . ولم يرو الخصاف فى هذا خلافاً لأحد .

وتصوير الخصاف يختلف فى ظاهره بعض الشىء عن تصوير هلال حيث جمع بين الاثنين فى الوقف أولا ثم بين أن لأحدهما كل الغلة وللآخر فيها رزق معلوم أما تصوير هلال فلم يجمع بينهما أولا . ولكن هذا الاختلاف لا أثر له فى الحكم بعد أن اشتمل كل من التصويرين على أن الغلة كلها قد جعلت لأحدهما وأن الآخر قد جعل له فيها رزق معلوم فمورد الحكم فى كل من التصويرين واحد .

وواضح أن طريقة هلال هى تقديم صاحب الرزق المعلوم وإعطاء صاحب الغلة ما بقى وإن لم يبق شىء بعد الرزق المعلوم لم يستحق شيئا أما طريقة الخصاف فهى قسمة الغلة بينهما بطريق العول . وهلال والخصاف إمامان جليلان من أئمة

الحنفية ولها المكانة الأولى فى أحكام الأوقاف بوجه خاص ولم أقف على ترجيح صريح لإحدى الطريقتين على الأخرى ، وربما كانت طريقة الخصاف أقرب إلى ما هو متفق عليه بينهما فيما إذا وقف عليهم وسمى لكل منهم رزقا معلوما . ولكن العمل كان يجرى باطراد على طريقة هلال فى القضاء والإفتاء من عهد بعيد وربما كان هذا أمارة من أمارات رجحانها .

٥ — ولو وقف وسمى لشخص أو جهة رزقا معلوما وجعل ما بقى لآخرين استوفى صاحب الرزق ما شرط له ويكون الباقى لمن جعل له . فلو قال صدقة موقوفة ، لزيد منها مائة درهم ، أو قال يتصدق عنى بمائة درهم من غلتها كل سنة ، أو قال يعتق عنى نسمة أو يحج عنى حجة ، ولعمرو مابقى ، فلم تكن الغلة إلا مائة أو خرجت ألفا وضاع منها تسعمائة ، كانت المائة لزيد أو للفقراء أو للعتق أو للحج ولا يكون لعمرو شىء .

٦ — ولو وقف وسمى لموقوف عليه سهما وسمى لآخر رزقا معلوما فى كل الغلة كان لصاحب السهم سهمه وكان لصاحب الرزق حقه فى السهم الباقى ، وإذا قصرت الغلة بدىء بصاحب الرزق المعلوم ، وإن زادت غلة السهم الباقى كانت للفقراء . فلو قال أرضى صدقة موقوفة ، لعبد الله نصفها ولزيد منها مائة درهم أعطى عبد الله نصف الغلة وأعطى زيد مائة من النصف الباقى وإن فضل منه فضل كان للفقراء ، وأن لم تكن الغلة إلا مائة أخذها زيد كلها ولا شىء لعبد الله ، ولو كانت مائتين فنصفها لعبد الله والمائة الباقية لزيد ولا شىء للفقراء ، ولو كانت مائة وخمسين كان لزيد منها مائة وما بقى فلعبد الله .

وهذا هو قول هلال وقد سوى صراحة فى تقديم صاحب الرزق لافرق فى ذلك بين ما إذا سمى الجميع لواحد وسمى لآخر رزقا معلوما فى الغلة وما إذا سمي سهما لواحد وسمى لآخر رزقا معلوما فى الغلة . وقال إن فيها قولا آخر هو التفرقة بين الحالين، فإذا سمى الجميع لواحد وسمى للآخر رزقا معلوما بدىء بصاحب التسمية فإن فضل بعد ذلك فضل أعطى للآخر ، وإذا سمى البعض لواحد وسمي للآخر شيئا معلوما جعل لهذا

الآخر ماسمى له فيما بقى ويتحاصون إذا نقصت الغلة . فلو قال صدقة موقوفة على أن ما أخرج الله من غلاتها فلزيد منها النصف ولعمرو منها مائة درهم فى كل سنة فأخرجت مائة درهم يضرب فيها لزيد بخمسين ولعمرو بمائة ، و يستمر الحال كذلك حتى يكون ما يصيب عمْراً مائة ثم إذا زادت أعطى زيد النصف وأعطى عمرو مائة و إن فضل بعد ذلك فضل كان للفقراء والمساكين .

ولم يرد فى هلال شىء عما إذا جمع بينهما فى الوقف أوّلاً كما لو قال صدقة موقوفة على زيد وعمرو ، لزيد منها النصف ولعمرو منها مائة . ومن الواضح أنه لا فرق بين هذه و بين ما ورد فيه فيما يتعلق بالتقديم و بالخاصة إذ الجمع بينهما أوّلاً فى الوقف لا أثر له فى ذلك ، وأثره الوحيد هو فى مصرف ما يبقى من الغلة ، فإن جمع بينهما أولا كان الباقى لهما و إن لم يجمع كان الباقى للفقراء كما يظهر ذلك جلياً فى كلام هلال والخصاف فى شتى الصور المرتبطة بهذا الموضوع .

ومن البين أنه لا فرق بين ما إذا صرح بأن الرزق المعلوم فى الغلة ، أو أطلق ولم يصرح بأنه فى السهم الباقى ، أمّا إذا صرّح بأنه فى السهم الباقى ، فإن هلالا لم يذكره وقد ذكره الخصاف ، فقد جاء فيه : فإن قال تجرى غلتها على زيد وعمرو ، لزيد النصف من غلتها ، ولعمرو من النصف الثانى خمسمائة درهم ، تكون لهما فى كل سنة ماعاشا . فجاءت غلة سنة ألفى درهم يكون لزيد النصف ، وهو ألف درهم ، ويكون لعمرو من الألف الأخرى خمسمائة درهم وتكون الخمسمائة الباقية بينهما نصفين لأنه جمع الغلة لهما جميعاً ، ولو لم يقل هذا ولكنه قال قد جعلت أرضى هذه صدقة موقوفة لله عز وجل أبدا على أن لزيد مما يخرج الله من غلتها فى كل سنة النصف ولعمرو من النصف الباقى خمسمائة فجاءت غلة سنة ألفى درهم كان لزيد ألف درهم ولعمرو خمسمائة وتكون الخمسمائة الباقية للمساكين ، و إن جاءت الغلة فى سنة ألف درهم كان لزيد خمسمائة درهم ولعمرو خمسمائة درهم و إن جاءت الغلة ثمانمائة كان لزيد أربعمائة ولعمرو أربعمائة .

فالخصاف لا يقول بتقديم صاحب الرزق المعلوم فى هذه الحالة ، ويذهب

إلى أن المحاصة عند تقصير الغلة تكون بكل السهم الباقى لا بالرزق المسمى وحده كما هى طريقة صاحب القول الآخر الذى رواه هلال . والخصاف لم يعرض لاشتراط الرزق المعلوم فى الغلة ، وهلال وصاحب القول الآخر متفقان على أن محل الرزق المعلوم هو السهم الباقى ويظهر أن هذا ليس محل خلاف لأحد ، والخلاف بينهما فى التقديم والمحاصة لاغير ، فمن الممكن أن نأخذ من هذا أن محل الرزق المعلوم يكون السهم الباقى ، جمع الواقف بينهما أوّلاً أو لم يجمع ، شرط الرزق المعلوم فى الغلة أو أطلق أو شرطه فى السهم الباقى ، و إذا سلم هذا الأخذ كانت عندنا ثلاث طرائق إذا قصرت الغلة ، إحداها طريق هلال وهى تقديم صاحب الرزق المعلوم ولا محاصة ، والثانية الطريق التى رواها هلال وهى محاصة صاحب السهم بسهمه وصاحب الرزق المعلوم بما سمى له لا بالسهم الباقى ، والثالثة هى طريق الخصاف وهى محاصة صاحب السهم المسمى بسهمه ، وصاحب الرزق المعلوم بمحل رزقه وهو السهم الباقى . وهذا الأخير هو الذى أخذ به هذا القانون وهو الذي تؤيده القرائن وأغراض الواقفين . وهذه الطرائق من ناحية الترجيح فى قوة واحدة فيما أعلم .

وينتج من هذه الطريقة أنه إذا كانت الأرزاق متعددة وكان محلها هو السهم الباقى ووقعت المحاصة فإن ما يصيب السهم الباقى يقسم بينهما بحيث يضرب فيه كل بما سمى له إذا كانت فى مرتبة واحدة .

٧ — و إذا وقف وسمى لواحد أو أكثر أرزاقاً معلومة ولم يكن قد جمع بينهما أوّلاً كان لكل ذى رزق ما سمى له ، و إن زادت الغلة كانت الزيادة للفقراء ، و إن قصرت قسطت عليهم يضرب فيها كل بما سمى له .

فلو قال صدقة موقوفة لزيد من غلتها مائتان ولبكر مائة ، كان لكل منهما ما سمى له والزيادة للفقراء ، و إن قصرت الغلة كانت بينهما أثلاثاً . ولو قال أرضى صدقة موقوفة فما أخرج الله من غلاتها أعطى منه من كان فقيراً من قرابتى فى كل سنة ما يكفيه فى طعامه وكسوته بالمعروف فقصرت الغلة عما سمى لفقراء

قرابته يضرب لكل واحد منهم بما سمى له ، وإن كان فى غلاتها فضل عما سمى لهم كان للفقراء والمساكين .

٨ — ولو وقف وشرط أرزاقاً معلومة فى مقدار معين وسلم هذا المقدار أخذ كلٌ ما سمى له ، وإن قصرت الغلة ولم يأت هـذا المقدار تحاصوا فيها يأخذ كل بقدر ما سمى له إن كانت الأرزاق فى مرتبة واحدة ، وإن كان بعضها مقدماً على بعض بدىء بالمقدم . فلو قال أرضى صدقة موقوفة ، لعبد الله وزيد ألف درهم ، لعبد الله منها مائة ، أخرجت الألف من غلات هذه الصدقة ، وأعطى عبد الله منها مائة وما بقى لزيد ، وإن كانت الغلة خمسمائة قسمت بينهما على عشرة أسهم لعبد الله سهم ولزيد تسعة أسهم ، وكذلك يكون الحكم لو قال لعبد الله مائة درهم ولزيد ما بقى أما لو قال يعطى عبد الله من الألف مائة ولزيد ما بقى وقصرت الغلة عن الألف بدىء بعبد الله وما فضل يكون لزيد .

ومن هذا يعلم حكم ما لو شرط إخراج مرتبات من الغلة ثم إخراج مرتبات مما فضل ثم إخراج مرتبات من الفاضل الثانى وهكذا ، فليس هـذا إلا اشتراطاً لمجموع هذه المرتبات المعلومة فى الغلة على أن يبدأ من مجموعها بالأولى ثم بالثانية ثم بالثالثة وهكذا ، فهى كالصورة الأخيرة السابقة سواء بسواء .

٩ — ولا أعرف أن للحنفية كلاماً واضحاً فى نقص المرتبات أو عدم نقصها بسبب نقصـان أعيان الوقف ، وما عرض على الحاكم من هذا النوع نادر جداً فيما أعلم وقد اختلف فيه نظرها . وحضرة صاحب الفضيلة الإمام العالم فقيه عصره الشيخ عبد المجيـد سليم مفتى الديار المصرية قد استظهر عدم النقصان لهذا السبب[1] . وما استظهره فضيلته وجيه جداً تؤيده أحكام الوصية وما سبق إيراده من أحكام ضياع الغلة .

---

(١) ورد على فضيلته استفتاء من ديوان الأوقاف الملكية بمصر بتاريخ ١٩٣١/١٢/٢٤ تضمن السؤال عن أمرين ثانيهما متعلق بهذا الموضوع فجاء باجابته عنـه ما نصه « أما الجواب عن السؤال الثـانى فأنه يتوقف على أن من شرط لهن المبلغ المذكور هل يبطل شىء منـه بنسبة مالم ينفذ فيه وقفه الثانى وهى الأعيان التى سبق وقفها فلا يكون لكل منهن الامايخص الأعيان =

٤٣٨ — ب — المذاهب الأخرى :

وقال فقهاء الشافعية[1] أن الواقف إذا وزع الاستحقاق فى الوقف بأن شرط لكل واحد قدراً معلوماً ولم يزد أخذ كل ما قدر له ، وإن زادت الغلة كانت الزيادة لأقرب الناس إلى الواقف ، وإن نقصت عن المقدرات وزعت على أربابها بنسبتها فلو كان لأحدهم عشرة ، وللآخر عشرون ، والثالث ثلاثون ، كان لصاحب العشرة خمس الحاصل ، ولصاحب العشرين خمساه ، ولصاحب الثلاثين ثلاثة أخماسه.

وإذا شرط لواحد قدراً معلوماً ولم يقدر للآخر ونص على تقديم صاحب المقدار المعلوم كأن اشترط له هذا المقدار وجعل الباقى لغيره قدم صاحب المقدار المعلوم بجميع ذلك القدر ولا يستحق من بعده إلا ما فضل عنه واعتبروه كصاحب الفرض فى الميراث واعتبروا غيره كالعصبة . أما أن اشترط له قدراً معلوماً ولم يشترط تقديمه فكل ما قبض من الغلة يوزع على المستحقين بقدر حصصهم ، وقال ابن

= التى نفذ وقفه الثانى فيها أم لا ؟ رأت محكمة مصر الابتدائية الشرعية فى حكمها الصادر بتاريخ ١٠ مارس سنة ١٩٠١ فى حادثة مماثلة لحادثتنا برياسة شيخنا المرحوم الشيخ أحمد أبى خطوة أن صاحب المرتب لا يستحق جميع ما شرط له بل يستحق مايخصه بنسبة ماصح فيه التنفيذ ولم تبين المحكمة النصوص التى استندت اليها فى هذا الحكم . ثم رأت محكمة مصر المذكورة بتاريخ ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ فى هذا الموضوع وفى الوقف نفسه ما يخالف الحكم الأول فجعلت لصاحب المرتب جميع ما شرط ذاهبة الى أن النصوص الشرعية قاضية بذلك ولم تبين أيضا تلك النصوص . وكلا الحكمين مؤيد من المحكمة العليا . والذى يظهر لنا أن من شرط له مبلغ لا يبطل منه شىء اذا بطل وقف بعض الموقوف لما قال هلال فى آخر كتابه ما ملخصه : أن المريض اذا قال أرضى هذه بعد وفاتى صدقة موقوفة على أن يعطى كل من كان فقيرا من ولدى وولد ولدى ونسلى ما تناسلوا منها فى كل سنة ما يكفيه بالمعروف فمات ولم يكن له مال غير هذه الأرض وأبت الورثة أن يجيزوا الوصية فالثلثان من هذه الأرض ملك بين ورثة الميت لا وقف فيها ولا حبس ويكون الثلث موقوفا يعطى منه ولد الولد ما سمى لهم فان قصرت الغلة عنهم قسط ذلك بينهم فان زادت الغلة على أرزاقهم كان الفضل لمن جعل ذلك له ـ ا هـ . فيرى من هذا النص أن من سمى له شىء فى غلة وقف بطل بعضه بأخذه جميعه من ريع ما نفذ فيه الوقف ولا يبطل منه شىء ... » . انظر الفتوى رقم ٢٧٣ من السجل رقم ٣٦ من فتاوى فضيلته .

(١) فتاوى ابن حجر جـ ٣/٢٢٥، ٢٣٦، ٢٥٧ ـ فتاوى الرملى جـ٣/ ٥٨١.

حجر فيما إذا انحطت الغلة فلم تأت إلا بالمقدار المعلوم أو بما هو قريب منه : الذى يظهر لى أنه يقسط بنسبة ما كانت عليه الأجرة « أى أجرة المصرف » عند الوقف لأن الظاهر من حال الواقف أنه لم يشرط ذلك القدر إلا مع وجود شىء يقابله يصرف فيما شرطه ، بحيث لم يبق ألا ذلك القدر وزع على ما شرطه الواقف من مصارفه بحسب النسبة هذا أن عين الواقف كمية وإلا فعلى أجر مثل تلك المصارف حال الوقف .

أما المالكية والحنابلة فلا أعرف لهم كلاماً فى هذا الموضوع ، وأعضاء لجنة الأحوال الشخصية منهم لم يتقدموا بشىء حين نظر هذا الموضوع رغم طلب البحث. غير أن من المقرر عند الفقهاء أن أحكام الوقف فى مسائل الاستحقاق اجتهادية وأنها مستقاة من أحكام الوصية . وقد قال المالكية فى الوصية [1] أنه إذا أوصى لرجل بسهم من ماله ولآخر بمقدار مسمى وضاق الثلث عن الوصيتين ففيها ثلاث روايات ، إحداها تبدئة الجزء على التسمية ، والثانية تبدئة التسمية على الجزء ، والثالثة المحاصة بينهما ، وبالرواية الثالثة قال ابن القاسم فى المجموعة ، وقال القاضى أبو محمد فى توجيهها أنهما جهتان للاستحقاق بالوصية فلم تكن إحداهما بأولى من الأخرى . ومقتضى قول الكل أن الوقف وصية بالغلة أن هذه الروايات كما تجرى فى استحقاق الوصية تجرى فى استحقاق الوقف . وقالوا أيضاً إذا أوصى بشاة من غنمه أو بعدد من ماله أىّ مال كان شارك الموصى له ورثة الموصى بالجزء ، أى بنسبة الجزء الذى أوصى به إلى الموصى فيه من المال ، فإذا أوصى بشاة وله يوم التنفيذ ثلاث شياه كان شريكا بالثلث ولو كان له عشر كان شريكا بالعشر ، وإن لم يبق من المال الموصى فيه إلا ماسمى فهو للموصى له يختص به ، فالمشاركة بالجزء تكون إذا كان ماله أكثر من القدر الموصى به فإن لم يكن عنده أكثر اختص به ، وقال التتائى والأجهورى أنه يستوى فى ذلك الموت والاستحقاق

---

(١) المنتقى ج ٦/١٦٣ — الدسوقى على الشرح الكبير حـ ٤/٤٣٩ — المذكرة العشرون من مذكرات اللجنة التحضيرية فى الوصية .

والغصب إذا لم يقدر على الغاصب . هذا عند أشهب وغيره وجرى عليه خليل فى المختصر وسواه ، وقال ابن الماجشون أن الوصية بالقدر المعين كالوصية بالاجزاء ، فلا فرق عنده بين أن يوصى بفرس من أفراسه وهى عشر وبين أن يوصى بعشر أفراسه ، فلو هلكت أفراسه ولم يبق منها إلا ثلاث كان له عشر الباقى وإن بقيت واحدة كان له عشرها فهو يعتبر النسبة ويلغى العدد . ومقتضى ما أسلفنا أن هذا يجرى فى الوقف أيضاً وتعتبر المرتبات سهما فيلحقها النقص لنقص الغلة بسبب نقص الأعيان الموقوفة كما يلحق ذلك أرباب السهام أيضاً .

٤٣٩ — وقد تبين مما أسلفت أن قسمة الغلة بين الموقوف عليهم وبين ذوى المرتبات بالنسبة بين المرتبات والباقى من الغلة بعدها إن كانت معروفة حين الوقف قد عدل فيها عن مذهب الحنفية وأخذ فيها بما قاله فقهاء الشافعية وهو أيضاً قياس إحدى الروايات الثلاث فى مذهب المالكية .

وأما قسمتها بينهم إذا لم تكن معروفة حين الوقف فليس فيه عدول عن هذا المذهب وهو أخذ بما جرى عليه الأمام الخصاف .

أما أحكام المادة ٣٧ فهى أحكام مذهب الحنفية كما عرفت من قبل . وأما أحكام المادة ٣٨ فقد استنبطت مما ذهب إليه المالكية فى الوصية .

٤٤٠ — وأحكام المرتبات فى جملتها لم تكن محل نزاع من البداية إلى النهاية ، رعاية لأغراض الواقفين ومقاصدهم ودفعاً للحيف عن المستحقين أصحاب الشأن الأول فى الوقف ، ولكن هذه الأحكام قد اشتملت على كثير من القسوة على ذوى المرتبات فى بعض الأحوال وقد بسطت ذلك فيما مضى .

والمادة ٣٦ قد أدخل عليها شىء من التعديل فى المراحل التى مر بها هذا القانون ، فقد كان المشروع الأول يقضى بأنه إن لم تعلم الغلة وقت الوقف ولم تكن المرتبات فى السنة أكثر من ثلث الغلة استحقها أصحابها كاملة وإلا قسمت الغلة بطريقة العول على ألا تنقص المرتبات عن ثلث الغلة . وقد أقرها مجلس الشيوخ على هذا الوضع فى العرضة الأولى . ولما استرد المشروع رأت لجنة التنقيح أن

مراعاة ثلث الغلة من الأمور التحكمية فاستبعدت ذلك و بقى مستبعداً حتى صدر القانون . ولم يكن قد نص فيها على عدم زيادة المرتبات عن المشروط إلا فى حالة ما إذا كانت الغلة معروفة حين الوقف ولم ينص على ذلك فى قسمة العول لأن احتمال زيادتها من الأمور النادرة جداً واكتفى بالإشارة إلى ذلك فى المذكرة التفسيرية ، ولما عرض المشروع الثانى على اللجنة بمجلس النواب استفسرت عن ذلك فشرحت لها الموضوع وأبنت لها أن الأصل فى طريقة العول هو النقص دائماً وأن الزيادة ليست محتملة إلا فى حالة القسمة وفى حالة ما إذا ألحق وقف بآخر وجعل حكمه كحكمه وكان المراعى فى النسبة هو غلة الوقف الأول فقط ، فرأت أن ذكر ذلك فى المذكرة التفسيرية لا يكفى ونصت على عدم الزيادة فى الحالتين وقالت فى تقريرها عن ذلك (نقلت الهيئة عبارة « على ألا تزيد المرتبات عما شرطه الواقف » من صلب المادة إلى آخرها تحديداً للمعنى المقصود) .

أما المادة ٣٧ فلم تكن مشتملة فى المشروع الأول على حكم قسمة باقى الغلة بين أصحاب المرتبات بالنسبة إذا لم يف بها فزادته لجنة العدل بمجلس الشيوخ وقالت عن ذلك فى تقريرها « وقد رأت اللجنة إقرارها مع تكملة لأحكامها لم ينص عليها فيها فأضيف النص على أنه إذا لم يف الباقى بالمرتبات قسم على أصحابها بنسبتها ، وقد كان ذلك ضرورياً تكملة لأحكام هذه المادة و بياناً لحكم هذه الحالة » . وقد بقيت المادة بعد هذه الزيادة كما هى فى بقية المراحل حتى صدر القانون .

أما المادة ٣٨ فلم يدخل عليها أى تغيير .

ب – بيع الموقوف المفرز وفاء للدين

مادة ٣٩ – إذا اختص بعض الموقوف عليهم بنصيب مفرز من الأعيان الموقوفة فبيع جبراً فى دين على الواقف غير مسجل ، أو فى دين مسجل على جميع الأعيان الموقوفة ، كان لمستحقه نصيب فى باقى الأعيان الموقوفة يعادل قيمة ما زاد على نصيبه فى الدين الذى بيعت العين من أجله .

وإذا كان الدين مسجلا على الحصة التى بيعت دون غيرها ولم يكن مستحقها من أصحاب الأنصباء الواجبة طبقاً للمادة ٢٤ فإنه لا يستحق شيئاً فى باقى أعيان الوقف ، أما إذا كان من أصحاب الأنصباء الواجبة وكان الدين المسجل على العين أقل من قيمتها وقت وفاة الواقف وكان الفرق يفى بنصيبه فلا يترتب على بيعها وفاء لهذا الدين أى حق له فى المطالبة بأى نصيب فى باقى الموقوف ، وإذا كان الفرق بين الدين وثمن العين أقل أو أكثر من قيمة نصيب المستحق صحح الاستحقاق طبقاً للمادتين ٢٤ ، ٣٠ .

٤٤١ – لم يعرض هذا القانون لأحكام الاستحقاق بوجه عام إذا نقصت أعيانه ، مفرزة أو غير مفرزة ، للهلاك والاستحقاق أو الاستهلاك أو الغصب أو غير ذلك . كما أنه لم يشتمل على تنظيم علاقة الوقف بدائنى الواقف ولا علاقته بتركته مع شدة الحاجة لذلك كى تتوحد فى دولة واحدة الأحكام التى تطبق فى موضوع واحد فى الأساس وفى الآثار . وإذا كانت الظروف قد قضت باستبعاد هذه الأحكام من مشروع هذا القانون فليس أمام المحاكم الشرعية إلا أن تطبق فيما يعرض عليها متعلقاً بهذا الموضوع الأحكام التى يجب عليها أن تطبقها بمقتضى

قوانينها هي خاصة .(١) وإذا وجدت نفسها أمام الأمر الواقع من بيع الوقف

---

(١) أحكام هذا الموضوع لم ترد في قانون للمحاكم الشرعية ، فالواجب عليها أن تصدر أحكامها في ذلك طبقا للراجح من مذهب أبي حنيفة . والمعول عليه في هذا المذهب أن الوقف متى وقع صحيحا نافذا فقد لزم وانبرم وخرج به الموقوف عن ملك الواقف فلا يملك هو ولا غيره أن يرهنه كما أنه لا يباع في دين لحق الواقف بعد الوقف . وهذه الأحكام لم تتأثر بصدور هذا القانون الذي أخذ بأن الموقوف يبقى على ملك الواقف ما دام حيا ، لأنه لم يعتبره مملوكا له ملكا محضا كسائر أملاكه الحرة ، وقد ورد ذلك بصراحة في المذكرة التفسيرية كما ورد بها أنه ليس لمن ثبت له دين على الواقف بعد الوقف أن يطالب ببيع العين الموقوفة في دينه قبل الرجوع صراحة عن الوقف كما أن الواقف ليس له قبل الرجوع أن يبيعها أو يرهنها لأن الوقف لا يزال قائما ، ولا يمكن أن يفسر بيع الوقف أو رهنه بأنه رجوع ضمني لأن من شرط صحة الرجوع أن يكون صريحا .

واذ كان الواقف مدينا بدين سابق على الوقف ووقف ما يملكه ولم يكن مرهونا أو في حكمه وكان وقفه في مرض الموت ، فان كان الدين محيطا بماله بطل الوقف نظرا لحق الغرماء ، أي لم يلزم بالنسبة لهم ومن حقهم أن يستوفوا دينهم منه ، واذا أبرأوه من الدين لزم الوقف . وان كان الدين غير محيط نفذ في ثلث ما بقي بعد لدين ان كان له وارث والا نفذ في الكل . وان كان الواقف صحيحا وقد حجر عليه للدين لم ينفذ وقفه . وان كان صحيحا غير محجور صح وقفه ولزم ولا ينقضه أرباب الديون ، كان الدين محيطا أو غير محيط ، قصد بالوقف المماطلة والهروب من الدين أو لم يقصد . جاء ذلك في أنفع الوسائل عن الذخيرة وفي الفتح وأفتى به ابن نجيم والخير الرملي ، وأفتى أبو السعود فيمن قصد بوقفه الهرب والمماطلة أنه لا يصح ولا يلزم وقال ان القضاة ممنوعون من الحكم وتسجيل الوقف بمقدار ما شغل من الدين ، وقال ابن عابدين أن بيعه في هذه الحال يكون من قبيل اطلاق القاضي بيع وقف لم يسجل كما ذهب الى أنه ينبغي ترجيح بطلان الوقف بذلك للضرورة .

أما وقف المرهون فصحيح ولازم بالنسبة للواقف ، واذا كان موسرا ولم يفتككه قال الطرسوسي في أنفع الوسائل: الظاهر أنه لا يبطل ولكن للمرتهن أن يرفعه الى القاضي ويحبسه بدينه حتى يوفيه وجزم بذلك في الاسعاف حيث قال ويجبره القاضي على دفع ما عليه . وان كان معسرا قال الطرسوسي ان هذا مشكل لم يقف عليه . ولقائل أن يقول للحاكم بيعه وفاء للدين ، ولقائل أن يقول : ليس له ذلك ، وبين وجه كل من الاحتمالين ، ولكن صاحب الاسعاف جزم بأنه اذا كان معسرا بطل الوقف وباعه القاضي فيما عليه . واذا مات الواقف قبل الفكاك وكان في تركته وفاء بالدين بقي الوقف صحيحا لازما وألزم الورثة بأداء هذا الدين من التركة وان لم يكن له مال بيع الموقوف في الدين وبطل الوقف .

هذه هي أحكام مذهب الحنفية . والذي تجري عليه المحاكم المدنية بمصر هو بيع ما وقف اضرارا بالدائن ، وبيع المرهون وان كان الواقف موسرا أو كان في تركته وفاء . والمشروع الأول لهذا القانون كان مشتملا على أحكام وقف المدين وكان نص المادة العاشرة منه هو :

فى دين يسير أو مع يسار الواقف أو وجود تركة له فيها وفاء فليس أمامها إلا أن تتبع ما تتبعه الآن من الرجوع على تركة الواقف بمقدار ما فات على الوقف بدون حق .

٤٤٢ — ولم يعرض القانون لحكم الاستحقاق فى الوقف إذا كان ما بيع جبراً ليس نصيباً مفرزاً لأن أصحاب السهام سيأخذون سهامهم فى الباقى بداهة فيكون النقص الذى يلحقهم نسبياً والمرتبات تنقص أيضاً بنسبة ما نقص من الأعيان الموقوفة طبقاً للمادة ٣٨ ، أما المقدرات التى لم تكتمل فيها عناصر المرتب فإن الشارع لم يشأ أن يمسها لا لنقص الغلة ، ولا لنقص الأعيان ، ولا من طريق قسمة العول ، وتركها تنعم بأحكام مذهب الحنفية ، وقد عرض لحكمه إذا كان المبيع حصة مفرزة من الأعيان الموقوفة اختص بها بعض الموقوف عليهم ، و بين حكمه فى حالات ثلاث .

٤٤٣ — الحالة الأولى

أن يكون على الواقف دين ثابت قبل صدور الوقف ، ولم يكن هذا الدين مسجلا ، أو كان مسجلا على جميع الأعيان الموقوفة قبل ورود الوقف عليها أيضاً ، واختار الدائن بيع حصة مفرزة من تلك الأعيان كان قد اختص بها بعض الموقوف

« لا يلزم الوقف بالنسبة للدائنين ذوى الحقوق العينية على الموقوف الا باجازتهم فان أجازوه أصبحوا بالنسبة للموقوف فى حكم الدائنين العاديين ، وان لم يجيزوه كان لهم أن يبيعوا من الموقوف أو غير الموقوف أو منهما معا بقدر مايفى بالدين ، واذا بقى من الوقف شىء لزم الوقف فيه » .

« ولا يلزم وقف غير المرهون بالنسبة للدائنين فى القدر الذى يحتاج اليه لايفاء دين سابق على الوقف الا باجازتهم أو امكان أدائه من مال الواقف » وهذه المادة بعد أن مرت من اللجنة التشريعية بعد أخذ ورد وتعديل الغيت بلجنة العدل بمجلس الشيوخ ودارت حولها مناقشة طويلة وأخيرا استقر الرأى على أن أحكام القانون المدنى كافية وأن يكون نص هذه المادة هو « لا يمس الوقف حقوق الدائنين المسجلة على العين الموقوفة قبل وقفها » ثم بدا للجنة فيما بعد حذف هذا النص فحذفته ، وقالت فى تقريرها انها حذفت هذه المادة للاستغناء عنها اكتفاء بالقواعد العامة . ولست أدرى ما يراد بهذه القواعد ، هل هى قواعد الأحكام التى يجب على المحاكم الشرعية تطبيقها أو هى قواعد القانون المدنى التى لا شأن للمحاكم الشرعية بها ؟ .
الحق أن السبب الصحيح هو الحرص على استبعاد كل ما يشعر بأن للمحاكم الشرعية اختصاصا فى هذا الموضوع .

عليهم . وقد جعل القـانون لهذا البعض حق الدخول فى استحقاق غلة الأعيان الباقية ومشاركة باقى الموقوف عليهم فى باقى الوقف ، بحيث يكون له استحقاق حصة من الأعيان الباقية تساوى قيمتها ما يفضل من هذا الدين بعد استبعاد القدر الذى كان يصيب الحصة التى بيعت منه لو أنه وزع على جميع الأعيان الموقوفة ، فلو قدر أن ما كان يصيب هـذه الحصة هو ربع الدين كان له استحقاق حصة فى الأعيان الباقية تساوى ثلاثة أرباع الدين ، وقد نظر الشارع فى هذا إلى أن الدين كان عاماً وعلاقته بجميع الأعيان واحدة فمن العدالة ألا يؤثر بيع ما يخص بعض الموقوف عليهم لإيفائه إلا بمقدار ما كان يصيب هذا المبيع من الدين .

٤٤٤ — وبعض الموقوف عليهم يشمل الواحد والأكثر ، ويتناول أهل الاستحقاق والجهات ، لا فرق بين أن يكون الوقف عليهم أهلياً أو خيرياً ، ولا فرق بين أن يكون من ذوى السهام أو من ذوى المرتبات أو خليطاً منهم ، كما أنه لا فرق بين أن يكون استحقاقهم واجباً أو اختيارياً وهذا هو ما يقتضيه إطلاق القول فى هذه المادة وستتبين ما فيه .

٤٤٥ — واختصاص بعض الموقوف عليهم بنصيب مفرز من الأعيان الموقوفة قد يكون من طريق قسمة أعيـان الوقف بين مستحقيه طبقاً لأحكام هذا القانون ، وقد يكون بصنيع الواقف من وقت الوقف أو بعده بواسطة التغيير . ويستوى فى هذا ما إذا كانت الأعيان الموقوفة قد وقفت فى عقدة واحدة أو وقفت بعقد متعددة ، فإن كلا منها يتناوله عموم « الأعيان الموقوفة » ، ولو أن قائلا قال أن سياق المادة يشعر بأن الكلام فى وقف صدر بعقدة واحدة ، قلنا له لا إشعار أصلا ، وعلى فرض أن هذا الإشعار موجود أو أن المادة صرحت بذلك فعلا ، يكون حكم العقدة الواحدة مستفاداً بعبارة النص وحكم العقد المتفرقة مستفاداً بدلالة النص إذ المناط واحد وهو ما أسلفنا وهو مفهوم من عبارة الشارع ولا فرق بين الحالين . فلو أنه وقف بعض أعيان مملوكة له على موقوف عليهم ثم وقف بعضاً آخر على غيرهم وبيعت الأعيان الأولى جبراً فى الدين الوارد بالفقرة الأولى من هذه

المادة دخل من وقفت عليهم الأعيان المبيعة فى استحقاق غلة الوقف طبقاً لأحكام هذه الفقرة .

٤٤٦ — والأعيان الموقوفة فى المادة تتناول أيضاً بعموم عبارتها كل عين يمكن أن يرد عليها البيع ، عقاراً كانت أو منقولا متصلا بالأرض اتصال قرار كالبناء والأشجار والآلات الثابتة أو متصلا بها اتصالا ليس اتصال قرار أو منفصلا ، وذكر تسجيل الدين على جميع الأعيان ، وهو من خصائص الأرض والعقار ، لا يمنع من هذا ولا يخص العموم ويجعل الكلام خاصاً بالأرض والعقار ، لأن هذه الفقرة قد سوّت فى الحكم بين تسجيل الدين وعدم تسجيله .

٤٤٧ — وإذا كانت هذه الفقرة قد أفادت بعبارتها الحكم فى حالة البيع جبراً ، فإنها تفيد هذا الحكم عينه بدلالتها إذا لم يكن هناك بيع للحصة المفرزة ولكن الدين استوفى منها بطريق التنفيذ الجبرى . فإذا كانت هذه الحصة من الأصل نقوداً ، أو كانت أعياناً أخرى ، واستبدلت وأودع مال البدل ، واستوفى الدين المشار إليه من هذا النقد ، كان لأهل هذه الحصة فى غلة باقى الأعيان النصيب الوارد فى هذه الفقرة .

ولا بد أن يكون بيع هذه الحصة لهذا السبب بيعاً جبرياً كما هو صريح المادة فإذا كان بيعاً اختيارياً لم يطبق هذا الحكم ، لأن بيعها لهذا السبب بيعاً اختيارياً لا يكون إلا من طريق الاستبدال ، وذلك يكون حينما تكون أعيان الوقف جميعها على وشك الضياع بسبب اتخاذ إجراءات البيع الجبرى ، فإذ ذاك تعمد المحاكم إلى إنقاذ ما يمكن إنقاذه وبيع جزء من الأعيان الموقوفة لسداد الدين أو وقف الإجراءات على أن يكون ذلك إدانة لمال البدل يرجع به فى الغلة ، فما بيع فى هذه الحالة لم يضع ولكنه تحول إلى مال بدل حل محلها وهو لا يزال قائماً وإن كان قد صار ديناً ، فلو أن الذى تيسر بيعه فى هذه الحال هو حصة مفرزة اختص بها بعض الموقوف عليهم لم يكن لهم حق فى الأعيان الأخرى لأن حقهم لم يضع وما يلحقهم من ضرر انعدام الغلة لاحق بالآخرين أيضاً لأن استيفاء الدين

من الغلة مقدم على المستحقين . لكن لو أن محكمة ذهبت إلى التسوية بين إنقاذ بعض الأعيان وعمارتها أخذاً من أحكام المادتين ١٤ ، ٥٥ وباعت بعض الأعيان لسداد هذا الدين على ألا يرجع بمال البدل فى الغلة ، وجب أن يأخذ هذا حكم البيع الجبرى بدلالة النص .

٤٤٨ — ومعنى كون الدين على الواقف أنه مطالب به وعليه أداؤه ، كان ذلك موجهاً إليه وحده أو هو وغيره . فيستوى فى هذا الحكم ما إذا كانت ذمته مشغولة بهذا الدين بسبب الاستدانة أو عدم أدائه ما وجب عليه حتى صار ديناً فى ذمته أو ضمانه لمثل ما أتلفه أو قيمته أو بأى سبب آخر من الأسباب التى يثبت بها الدين فى الذمة ، ويستوى فيه أيضاً ما إذا كانت المطالبة بأدائه لأنه فى ذمته أو لأنه فى ذمة غيره ولكن أداءه واجب عليه ، كما إذا كان دين مورثه غير مستغرق ووجب عليه أداء قسط من المال الذى ورثه ، وكالدين يطالب به من طريق الكفالة سواء أقلنا إنها ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة أم فى الدين ، وكالدين يطالب به من طريق الحوالة سواء أقلنا إنها نقل الدين من ذمة إلى ذمة أو نقل للمطالبة . فمتى بيعت الحصة المذكورة فى أى دين من هذه الديون طبقت أحكام هذه الفقرة .

والدين الوارد بالمادة كما يتناول الدين الأصلى يتناول كل ما يضم إليه ويلتحق به مما يلزم به المدينون قانونا وقضاء .

٤٤٩ — ومعنى كون الدين الذى على الواقف غير مسجل أنه دين عادى بالنسبة لجميع الأعيان الموقوفة ولم يتعلق بها وإن تعلق بغيرها ، فالمراد أنه غير مسجل على جميع الأعيان الموقوفة تدل على ذلك المقابلة وكون التسجيل لا يكون للدين المجرد وإن أطلق القول ، ومعنى كونه مسجلا عليها جميعها أنه متعلق بجميع الأعيان ولا يعتبر ديناً عادياً بالنسبة لجميعها ، والمراد بتسجيله هو قيد سنده أو الحكم الصادر به طبقاً للأوضاع القانونية ، وذلك يكون فى الرهن الرسمى ، وحق الاختصاص ، والرهن الحيازى ، وحق الامتياز ، وهى المسماة مدنياً بالحقوق

العينية التبعية أو التأمينات العينية ، وهى الحقوق التى أوجب القانون شهرها بطريق قيدها إذا كان محلها عقاراً ليتعدى أثرها إلى الغير من وقت القيد وهذا القانون قد جارى القانون المدنى القديم فى استعمال كلمة التسجيل فى هذا القيد وإن كان هذا الاستعمال قد عدل عنه فى قانون الشهر العقارى وفى القانون المدنى الجديد اللذين فرقا تماما بين التسجيل والقيد فى الاستعمال .

ومن هذا الإيضاح يتبين أن الصور فى نظر هذا القانون ثلاث ؛ إحداها أن يكون للدائن حق تبعى مقيد على بعض الأعيان الموقوفة دون البعض الآخر وحكم هذه الصورة مبين فى الفقرة الثانية ، وثانيتها أن يكون هذا الحق مقيداً على جميع الأعيان الموقوفة ولا يكون هذا إلا إذا كانت عقاراً فى الاصطلاح المدنى ، والثالثة ألا يكون مقيدا على شىء من الأعيان الموقوفة وإن كان مقيدا على غيرها ، ويكون هذا فى العقار والمنقول .

فإذا كانت الأعيان أرضاً أو عقاراً أو منقولا فى نظر فقهائنا ولكنها معتبرة من العقار فى نظر القوانين وكان الحق التأمينى عليها مقيدا أو كانت من المنقول وكان الحق مقيدا بمقتضى قانون خاص أو فرض أنه قيد بدون إيجاب قانونى كان الدين مسجلا، وإذا كان الدين مسجلا على أعيان مملوكة للواقف وحدها اعتبر ديناً غير مسجل بالنسبة للأعيان الموقوفة، وإن كان الدين متعلقاً بالأعيان الموقوفة، عقارا كانت أو منقولا، ولكن الحق لم يشهر بطريق القيد كان الدين غير مسجل، وإن كان متعلقاً بها وكان للخزانة العامة ولم يشهر بطريق القيد كما هو العادة لأن القانون يعطيها حق الامتياز بدون حاجة إلى هذا القيد ، كان من الممكن أن يقال إنه دين غير مسجل نظراً للواقع المجرد ، ولكن القانون قد جعله فى الحقيقة كالمسجل فأعطاه حكمه فهو مسجل حكماً ويجب اعتباره منه . والقيمة العملية لهذا الاعتبار لا تظهر فى أحكام الفقرة الأولى وإنما تظهر جلية فى أحكام الفقرة الثانية .

٤٥٠ — ومن البين أن هذا الدين فى الأعم الأغلب لا يكون إلا سابقاً على الوقف ، أما الدين اللاحق فإن أحدا حتى الآن لم يذهب إلى بيع الوقف

لأدائه لانقطاع صلة الوقف بالواقف من هذه الناحية . وفى أحوال نادرة يكون هذا الدين لاحقاً كالضرائب العقارية التى تعتبر ديناً على جهة الوقف للخزانة وتباع أعيانه لأداء هذا الدين .

٤٥١ — والذى يرجع إليه فى هذه الحالة لمعرفة مقدار مايستحقه أهل الحصة التى بيعت فى باقى الأعيان هو مقدار الدين ، وقيمة الأعيان كلها حين البيع وهذا يقتضى حتما معرفة هذه الأعيان ، وذلك ليمكن توزيع الدين على جميع الأعيان بحسب قيمتها ومعرفة ما يخص الحصة التى بيعت منه ومعرفة ما يعادل الزائد من الأعيان الباقية وهو الذى يكون نصيب أهل هذه الحصة .فلا ينظر هنا إلى الثمن الذى بيعت به الحصة ولا إلى قيمتها لتكون أساساً لاستحقاقهم فى باقى الأعيان وإنما ينظر إلى مازاد عن نصيبهم فى الدين ومايساويه من الأعيان الباقية بحسب القيمة يوم البيع كما أنه لاينظر إلى قيمة الأعيان يوم الوقف ولا يوم وفاة الواقف و إنما ينظر إليها وقت البيع خاصة لأنه الوقت الذى ضاع فيه على أهل الحصة بعض حقهم فينظر إلى قيمة بدله يوم ثبوت الحق فى هذا البدل وهو يوم البيع . ولا ينظر إلا إلى الدين الذى أدى من طريق البيع ، فلوكان دينه ألفاً وبيعت الحصة فى ستمائة وبقى للدائن أربعمائة نظر إلى نصيب الحصة وما زاد عنه فى الستمائة لا فى الألف كله .

٤٥٢ — فإذا وقف ثلاثين فدانا متساوية القيمة وكانت قيمة كل فدان منها مائتى جنيه وكان الاستحقاق فى الوقف كله اختياريا ، وكان الواقف قد خصص ربع هذه الأرض مفرزا لجهة خيرية أو لموقوف عليهم آخرين ، أوكان قد جعل لها الربع شائعاً وحصلت القسمة طبقاً لأحكام القانون ، ثم بيع هذا الربع المفرز فى دين قدره ألف وخمسمائه جنيه ، و بقيت القيمة كما ذكرت ، فإن الذى يخص الحصة المبيعة من الدين ٣٧٥ جنيها والزائد هو ١١٢٥ جنيهاً وهو يساوى خمسة أفدنة و $\frac{٢١}{٢٤}$ من الفدان ، فهذا هو نصيب أهل الحصة التى بيعت فى الأعيان الباقية .

وإذا قدر أن الحصة المفرزة لبعض الموقوف عليهم هى ثلثا الأرض المذكورة

ثم بيعت هذه الحصة فى الدين المشار إليه ولم يعط فيها ثمن أكثر منه مع أن قيمتها أربعة آلاف جنيه يوم البيع ، كان نصيبها من الدين ألفاً والزائد خمسمائة وهو يساوى فدانين ونصف فدان هى نصيب أهل الحصة التى بيعت فى العشرة الباقية من أعيان هذا الوقف .

ولو فرض فى المثال الأول أن ثلاثة الأرباع الأخرى كان كل ربع منها مفرزا فإن أهل الحصة المبيعة يستحقون فى كل حصة من هذه الحصص الثلاث ثلث النصيب الذى استحقوه فى مجموع الأعيان البـاقية . ولو فرض أنه جعل ثلاثة الأرباع حصتين مفرزتين إحداهما النصف والأخرى الربع استحقوا ثلثى نصيبهم فى الحصة الأولى وثلثه فى الثانية . . . وهكذا .

٤٥٣ — وحكم الفقرة الأولى هذه لا يطبق فى الأحوال الآتية :

أولا — إذا كان فى مال الواقف أو فى تركته وفاء لهذا الدين ورجع أصحاب هذه الحصـــة فى ماله بما ضاع عليهم وقضى بذلك وصـــار حقاً ثابتاً لهم بدل الحصة فإنهم لا يستحقون فى باقى الموقوف شيئاً ، وإذا كان فى ذلك وفاء لبعض حقهم أخذوه واستحقوا فى باقى الموقوف بمقدار ما بقى لهم ، وفى هاتين الحالتين لو أنا قلنا بعدم الاســـتحقاق فيما بين البيع والقضاء لهم لـكان ذلك أقعد ولو قلنا باستحقاقهم إلى أن يستقر الأمر ثم يرجع عليهم مستحقو الباقى إذا قضى لهم بما أخذوا لـكان أعدل .

ورجوع أهل الحصة لا تظهر له قيمة جدية إلا فى الرجوع على تركة الواقف أما الرجوع فى ماله وهو حى فلا يكاد يكون له نفع ، ففى استطاعة الواقف أن يخرجهم من وقفه أو أن يرجع عن وقف حصتهم أو ما يعتبر قائماً منها ، وإنما يرجى نفع ذلك لو كان الواقف لا يملك الرجوع ولا التغيير .

ثانياً — إذا كان فى تطبيقه مساس بالاستحقاق الواجب ، كان أهله أصحاب الحصة التى بيعت أو كانوا الآخرين . فلووقف ثلاثين فداناً قيمة كل منهامائتاجنيه وجعل عشرين منها مفرزة على أولاده وذريته وعشرة مفرزة لجهات وأشخاص ،

ومات ولا مال له سواها وبقيت القيمة كما هى وترك أولاداً ذكوراً وأناثاً لا وارث له سواهم ، وبيعت حصة الثلثين جبراً فى دين قدره ثلاثة آلاف جنيه ، كان لأولاده ثلثا العشرة الباقية طبقاً لأحكام الاستحقاق الواجب التى لا يمكن المساس بها إلا فى الحدود المبينة هناك لأن ما بيع فى الدين ظهر أنه ليس من ماله وأن كل ما له هو العشرة الباقية ، ولو أن الحكم المبين هنا كان هو الذى يطبق ما استحقوا إلا نصف هذه العشرة . ولو قدر أن الأمر كان على العكس وكان الثلث لأصحاب الاستحقاق الواجب والثلثان لغيرهم وبيعت حصة الثلثين على الوجه الذى أسلفنا وترك الواقف الأمر على حاله أو قدر أنه صار معتوهاً وبقى سنين على هذه الحال ، فإن هذا الحكم هو الذى يطبق فى حياته حيث لم يوجد استحقاق واجب بعد ، ويكون لأصحاب الثلثين ما يعادل زيادة الدين وهو النصف ، خمسة أفدنة ، والنصف الآخر لأولاد الواقف ، فإذا مات وثبت الاستحقاق الواجب بموته احتسبت العشرة كل ماله وكان لأولاده فيها الثلثان وللآخرين الثلث .

ولست أدرى لماذا عنى الشارع بأمر الاستحقاق الواجب فى الحالة الثالثة وأكثر من الكلام فيه حتى جاء غير دقيق وأغفل أمره هنا إغفالاً تاماً فى غيرها ، وأياً ما كانت الحال فإن هذا لا يعدو أن يكون عيباً فى الصياغة لا يخل بالأحكام .

٤٥٤ — ولا يمنع من تطبيق هذا الحكم وجود دين آخر على الواقف غير مسجل أو مسجل على جميع الأعيان الباقية ، فما لم يحصل بيع من أجل هذا الدين يشارك أهل الحصة التى بيعت فى الأعيان الباقية بالنصيب الذى قرره لهم القانون حتى إذا حصل بيع آخر وكان محلا لتطبيق هـذا الحكم تكرر تطبيقه وهكذا .

٤٥٥ — <u>الحالة الثانية</u>

أن تكون الحصة المفرزة التى اختص بها بعض الموقوف عليهم قد بيعت جبراً فى دين مسجل عليها وحدها دون بقية الأعيان الموقوفة ولا يكون أهلها من أصحاب الاستحقاق الواجب ، وفى هذه الحال لا يستحقون شيئاً فى الأعيان الباقية ،

كان الدين محيطاً بها أو كان أقل من قيمتها وضاعت فيه بأن بيعت بثمن يساوى الدين أو أقل منه وهذا هو المفروض فى المادة ، أما إذا بيعت بأكثر من الدين فإن الباقى من الثمن يكون مال بدل موقوفاً على أهل هذه الحصة خاصة ، وعدم استحقاقهم لشىء فى الأعيان الباقية لا يمنع من الرجوع فى مال الواقف أو فى تركته متى وجد شىء من ذلك وكان للرجوع محل ، ومتى ثبت لهم هذا الحق كان وقفاً عليهم خاصة ، ساوى نصيبهم أو كان أقل منه .

وقد راعى الشارع فى حكم هذه الحالة أنه إذا كان التخصيص من الواقف فإنه يكون قد وقف عليهم هذه العين المحملة بهذا العبء واختصهم بها وهو يعرف مقدار الخطر الذى يتهددها فدل هذا على أنه لا يريد أن يكون لهم حق فى غيرها على أية حال بخلاف ما إذا كان الدين عادياً أو كان مسجلا على جميع الأعيان فإن مركزهم يكون كمركز غيرهم ولا تظهر له بشأنهم إرادة خاصة . أما إذا كان الاختصاص عن طريق القسمة فمن المقطوع به أن المحكمة لم تفرزه لهم وهم لم يقبلوه وفيه ضرر عليهم بل روعيت مصلحتهم ومصلحة الآخرين على السواء ، فإذا بيعت بعد هذا فيما عليها من الدين كان الراجح جداً أن هذا لم يكن إلا نتيجة تقصيرهم فليس لهم بعد هذا أن يدخلوا الضرر على غيرهم بسبب ما نشأ عن سوء تصرفهم .

٤٥٦ – وما قدمته فى الحالة الأولى مما يتعلق بالاختصاص ، والأعيان ، والدين، والبيع ، والتسجيل ،كله يجرى هنا. غير أنه مما يجب التنبه له أن التسجيل (القيد) يجب أن يكون قد تم قبل صدور الوقف لأن التأمينات العينية لا ينشأ أثر قيدها بالنسبة للغير إلا من وقت القيد ، فإذا تم التصرف بالوقف قبل القيد لم يكن له أثر بالنسبة للموقوف عليهم أو بعبارة أدق بالنسبة لجهة الوقف و يعتبر الدين بالنسبة لها ديناً عادياً ، و إذن تكون هذه الصورة مما يندرج تحت الحالة الأولى ، وكذلك يكون الحكم لو أن القيد كان على الحصة من قبل الوقف ولكن مضت المدة المحددة قانوناً ولم يجدد ، أو أن صاحب الحق العينى التبعى تنازل عنه ، وقد يكون الدين مسجلاً على العين بخصوصها من أول الأمر ، وقد يطرأ ذلك ،

كما إذا كان الدين مسجلاً على الأعيان الموقوفة ثم قسمت الأعيان بين المستحقين وطلب أهل كل حصة تجزئة الضمان طبقاً لأحكام القانون الخاص بذلك كان نصيب كل حصة من هذا الدين بعد التجزئة مسجلا عليها وحدها دون بقية الحصص .

٤٥٧ — الحالة الثالثة

أن تكون الحصة المفرزة التى اختص بها بعض الموقوف عليهم ضاعت كلها بسبب بيعها جبراً فى الدين المسجل عليها وحدها دون بقية الأعيان الموقوفة ، وكان لأهلها فيها استحقاق واجب طبقاً للمادة ٢٤ . وفى هذه الحال ينظر إلى الدين الذى بيعت فيه ، و إلى قيمتها وقت موت الواقف ، وهو الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق الواجب و ينظر فيه إلى قيمة مال الواقف ، ولا ينظر إلى قيمة العين وقت الوقف ولا وقت البيع ، كما أنه لا ينظر إلى الثمن لأن المفروض أنها كلها ضاعت فى الدين أى أنها بيعت بما يساويه أو بأقل منه لا بأ كثر . ومتى نظرنا إلى قدر الدين وقيمة العين يوم الموت اعتبرنا أن ما يقابل الدين من القيمة ليس من مال الواقف وأنه فى الواقع لم يجعل لأهل هذه الحصة وأن الذى جعل لهم حقيقة هو ما زاد على الدين من قيمتها وهو الذى يحتسب من ماله وهو الذى يحاسبون عليه بالنسبة لاستحقاقهم الواجب .

والأحكام الواردة بالمادة عن هذه الحال مبنية على فرض أن الدين أقل من قيمة العين وقت الموت كما هو واضح من سياق المادة وتفصيل الأحكام أتم الوضوح . فإذا كان الدين محيطاً بها ، بأن كان مثل قيمتها عند الموت أو أ كثر ، فلا يعتبر أن الواقف أعطاهم شيئاً من استحقاقهم الواجب ، وإذا ضاعت جميعها فى الدين ثبت لهم الاستحقاق الواجب فى بقية الأعيان .

و إذا كان الدين المسجل عليها أقل من قيمتها يوم الموت وكانت زيادة القيمة قدر ما يجب لأهلها من الاستحقاق لم يستحقوا شيئاً فى بقية الأعيان إذا ضاعت كلها بسبب بيعها جبراً فى الدين ، إذ الراجح أن ضياعها لم يكن إلا من طريق تقصيرهم

فلا وجه لأن يضار غيرهم بسبب هذا التقصير . أما إذا كانت الزيادة أقل من الاستحقاق الواجب لهم وضاعت كلها بسبب الدين تبين أن الواقف لم يعطهم كل استحقاقهم الواجب فيأخذون فى الأعيان الأخرى بقدر الفرق بين زيادة القيمة على الدين و بين مقدار استحقاقهم الواجب وتحتسب عليهم هذه الزيادة كما تحتسب عليهم لو كانت مساوية لما يجب لهم . وقد قالت المادة « صحح الاستحقاق » وأجملت القول فجاء محتملاً ولكن هذا هو المتعين من مجموع الأحكام . و إذا كانت زيادة القيمة يوم الموت على الدين أكثر من الاستحقاق الواجب وضاعت العين كلها فى الدين فإن أهل هذه الحصة لا يستحقون شيئاً فى بقية الأعيان وتحتسب عليهم الزيادة كما تحتسب عليهم لو كانت مساوية لما يجب لهم . وقول المادة : إنه إذا كان الفرق بين الدين والعين أكثر من قيمة نصيب المستحق صحح الاستحقاق ، لم يقع موقعه . وكلمة « أكثر » جاءت تزيُّداً لا معنى له و يوجب اضطراب المعنى ، فأى تصحيح هذا الذى تعينه المادة فى هذه الحال التى لا يستحقون فيها شيئاً ؟ وقد استعملت المادة فى هذه الفقرة أيضاً كلمة « تفى » ومعناها أوسع من المعنى الذى تريده وهو المساواة . واستعملت أولاً « قيمة » ثم استعملت ثانياً « ثمن » وهى لا تريد فى الحالين إلا القيمة فلم يكن ثمت محل لاختلاف التعبير الذى ربما أوقع فى اللبس . كما أن هذه المادة قالت فى الفقرة الأولى « نصيب . . . يعادل قيمة ما زاد ...» وكلمة قيمة على هذا الوضع تزيُّد لا لون له ولا طعم ، ولو أنها قالت « تعادل قيمته ...» أو قالت « يعادل ما زاد . . . » لكانت العبارة دقيقة محررة .

والأحكام الواردة بالمادة عن هذه الحالة مبنية على فرض أن الحصة كلها قد ضاعت بسبب بيعها جبراً فى الدين بأن بيعت بمثله أو بأقل منه ، أما إذا فرض أنها بيعت بأكثر منه كانت الزيادة وقفاً لهم وكان الضائع فى الحقيقة هو بعض الحصة وسيأتى القول فيه ، كما أن ثبوت شىء من الاستحقاق لأهلها فى بقية الأعيان محله ما إذا لم يمكن الرجوع ببدل ما ضاع عليهم فى مال الواقف أو فى تركته .

وما قدمته فى الحالتين الأوليين عن الاختصاص ، والأعيان ، والدين ، والتسجيل ، والبيع ، يجرى كله هنا .

٤٥٨ — بيع بعض الحصة

والأحكام الواردة بهذه المادة تعطى حكم ضياع كل الحصة المفرزة التى اختص بها بعض الموقوف عليهم بسبب بيعها جبراً فى الدين بعبارة النص، وتفيد حكم ضياع بعضها لهذا السبب بدلالة النص لظهور المناط وفهمه من نص المادة وتحققه فى ضياع البعض لهذا السبب ، فيكون حكم البعض كحكم الكل . فإذا ضاع البعض وكان أهلها لا يستحقون شيئاً فى بقية الأعيان إذا ضاع الكل فأولى ألا يستحقوا فيها شيئاً إذا ضاع بعضها و بقى لهم البعض الآخر ، وإذا كانوا يستحقون فيها نصيباً إذا ضاع الكل استحقوا إذا ضاع البعض ما يكمل حقهم واحتسب عليهم البعض الباقى .

وضياع البعض يكون ببيعه دون البعض الآخر أو ببيع الكل وزيادة الثمن عن الدين و بقاء الزيادة وقفاً .

٤٥٩ — تخريج أحكام هذه المادة وأطوارها

لا يعرف أن للحنفية كلاماً خاصاً باستحقاق أهل الحصة الموقوفة المفرزة إذا بيعت فى الدين ، ولكنهم تكلموا فى بيع الموصى به المعين فى الدين ، وحاصل كلامهم فى هذا أنه إذا كان الدين غير محيط و بيع الموصى به المعين لقضاء الدين مرهوناً كان أو غير مرهون ، فللموصى له الرجوع بثمنه فى ثلث الباقى من التركة بعد أداء الدين ، وبهذا أخذ قانون الوصية فى المادة ٣٩[1] ، ومن المقرر أن الوقف يستقى أحكامه من الوصية . فالحكم الوارد بالفقرة الأولى يجرى على ما قاله الحنفية فى الوصية إذا كان التخصيص من الواقف ، وإذا كان التخصيص بالقسمة فهو عندهم كعدمه فيكون الحكم موافقاً لمذهبهم فى الوقف .

وقياس قولهم فى الوصية وفى الوقف كان يقتضى أن يكون الحكم فى الحالة

---

(١) نص هذه المادة هو : « اذا كان الدين غير مستغرق واستوفى كله أو بعضه من الموصى به كان للموصى أن يرجع بقدر الدين الذى استوفى فى ثلث الباقى من التركة بعد وفاء الدين » .

الأولى هو حكم الحالة الثانية ، ولكن الشارع رأى أن الأمر مختلف مراعاة لما تبينه من إرادة الواقف . أما أحكام الحالة الثالثة فهى تطبيق لأحكام الاستحقاق الواجب مع مراعاة ما لحظه الشارع فى الحالة الثانية . وعندى أنه إذا كان الاختصاص من طريق القسمة فى الحالتين الثانية والثالثة فإن القول بعدم الاستحقاق فى بعض صورها لا يكاد يكون له سند فقهى واضح .

٤٦٠ — والمشروع الأول لهذا القانون كانت فيه هذه المادة هى الفقرة الأولى فقط ، ولكن لجنة العدل بمجلس الشيوخ ، فى العرضة الأولى ، عدلتها تعديلا يتضح من مقارنة النصين[١] . وزادت أحكام الفقرة الثانية المتعلقة بالحالتين الثانية والثالثة ، وقد جاءت هذه الزيادة فجة ، لم تستوف فيها الأحكام ، ويعوز بعض أحكامها السند الفقهى الواضح ، كما أن صياغتها لم تكن دقيقة ولا محررة ، وقد عرفت كل ذلك من قبل . وقد بقيت هذه المادة كما وضعتها هذه اللجنة حتى صدر بها القانون .

٤٦١ — سريان هذه الأحكام

وأحكام هذه المادة طبقاً للمادة ٥٦ تسرى بوجه عام على الأوقاف السابقة والأوقاف اللاحقة للعمل بهذا القانون حتى الأوقاف المبينة بالمادة ٦١ فإن هذه المادة ليست مما استثنى فى تلك ، غير أن الذى يمكن أن يطبق على الحوادث السابقة هو أحكام الحالتين الأوليين مع مراعاة الاستثناءات الواردة فى المادتين ٥٩ ، ٦٠ ، وأحكام الحالة الثانية بالنظر للأوقاف التى تطبق عليها أحكام الاستحقاق الواجب دون سواها ، أما الأوقاف التى لا تطبق عليها أحكام الاستحقاق الواجب ، وهى المبينة بالفقرة الثالثة من المادة ٥٧ وبالمادة ٦٠ ، فإنها لا شأن لها بأحكام الحالة الثالثة لا فى الحوادث السابقة ولا فى اللاحقة .

---

(١) نص الفقرة الأولى فى المشروع الأول هو :

« اذا اختص بعض الموقف عليهم بنصيب مفرز من اعيان الموقوف فبيع فى الدين الذى على الوقف ، كان لمستحقه نصيب فى باقى الموقوف يعادل قيمة ما زاد على نصيبه فى الدين الذى بيعت العين من أجله » .

أما نصها بعد تعديل لجنة العدل فهو الوارد بمتن القانون .

قسمة الوقف

٤٦٢ — القسمة [١] قد ترد على الأعيان ، وقد ترد على منافعها ، وهذه هى التى يسميها الفقهاء قسمة المهايأة ، وقد ترد على حق اليد على الأعيان ، وهى إما يد حفظ كاقتسام الوديعين المال المودع لحفظه ، ويقول عنها فقهاء الحنفية إنها قسمة تحصيل ، أو يد إدارة كإفراد كل من ناظرى الوقف بإدارة بعض أعيانه دون الآخر مع بقائهما مشتركين فيما عدا ذلك أو إفراد كل منهما بالنظر الكامل على بعض الأعيان .

ومن الواضح أن المنافع وحق اليد لا يقومان بذاتهما وإنما هى أعراض تقوم بالأعيان ، فقسمتهما إنما تكون بقسمة الأعيان التى يقومان بهما . والحد الفاصل بين قسمة الأعيان وقسمتهما هو أن المقصود فى قسمة الأعيان هو الاختصاص بذاتها وليس هذا هو المقصود فى النوعين الآخرين .

وهذا القانون لم يعرض لقسمة الحفظ ولا لقسمة المهايأة أصلاً وترك حكمهما لمذهب الحنفية [٢] ، وعرض هنا لقسمة أعيان الوقف بين مستحقيه قسمة جبر

---

(١) يقال فى اللغة قسم الشىء يقسمه ، من باب ضرب، وقسمه تقسيما إذا جزأه ، وتقسموا الشىء واقتسموه وتقاسموه إذا قسموه بينهم ، وقاسمته المال إذا أخذت قسمك منه وأخذ هو قسمه ، والاسم من ذلك هو القسمة . والقسم « بالكسر » ، والمقسم « بكسر الميم وفتح السين » ، والقسيم هو نصيب الانسان من الشىء المقسوم ، ويقال هذا قسيم هذا أى شطره ، وهذه الأرض قسيمة هذه الأرض أى عزلت عنها . والمقسم « بفتح الميم وكسر السين » هو الشىء الذى يقسم . والشريك المقاسم يسمى القسيم أيضاً . والقسامة « بالكسر » مهنة القسام « وبالضم » أجره ، إذا كان رسماً مرسوماً لا مالا معلوماً ، كتواضعهم على أن يأخذ من كل ألف شيئا معلوما « الأجر النسبى » .

وقال فقهاء الحنفية : القسمة جمع نصيب شائع فى معين . وقال فقهاء المالكية : هى تصيير مشاع من مملوك مالكين فأ كثر معينا ، ولو باختصاص تصرف فيه ، بقرعة أو تراض . وقال فقهاء الشافعية والحنابلة : هى تمييز بعض الأنصباء عن بعض . وهذه التعريفات متقاربة ، وقد راعى كل منهم النوع الذى أراد أن يعرفه .

وللقسمة نواح مختلفة ، ولذا قسمها الفقهاء تقسيمات عديدة لحظ فى كل منها ناحية معينة ، فهى قسمة أعيان وقسمة مهايأة وقسمة يد ، وهى قسمة إفراز وقسمة مبادلة ، وهى قسمة تراض وقسمة جبر، وهى قسمة جمع وقسمة تفريق ، وهى قسمة قرعة وقسمة لا تدخلها القرعة، وهى قسمة لازمة وقسمة غير لازمة ، إلى غير ذلك من التقسيمات .

(٢) المهايأة مشتقة من الهيئة ، وهى الحال الظاهرة لمن يتهيأ للشىء ، والتهايؤ تفاعل =

واختصاص ، كما عرض فى المادة ٤٨ لبعض أحكام قسمة الإدارة . وهو لم يعرض أيضاً لقسمة الأعيان الشائعة بين وقفين أو بين وقف وملك . وقد بقى حكم كل مالم يعرض له خاضعاً لأحكام مذهب الحنفية .

٤٦٣ — وإذا كان هذا القانون لم يستقص أحكام قسمة أعيان الوقف ولم يفصلها تفصيلاً وافياً فإنه قد ركز فى نصوصه الموجزة أصول أحكامها . والأحكام الواردة بها نوعان ؛ نوع عام يتناول القسمة فى جميع الأحوال ؛ ونوع خاص لا يتناول سوى بعض الأحوال ، ومنه ماهو استثناء من الأحكام العامة ، ومنه ماهو تفصيل وإيضاح لبعض ما يندرج فيها .

= منها والمراد منه أن كلا قد رضى بهيئة واحدة واختارها . وهى عند الفقهاء عبارة عن قسمة المنافع . وقد يسميها بعضهم أيضاً قسمة المهانأة « بالنون » من التهنئة قد لحظ فى ذلك أن كلا يهنىء صاحبه بما أخذ ، وقد تسمى أيضاً المهابأة « بالباء الموحدة » من الهبة على غير قياس .

وقسمة المهايأة جائزة كقسمة الأعيان لما فى كل منهما من استكمال المنفعة ، وإن كان فى قسمة الأعيان أقوى منه فى قسمة المهايأة ، ولذا قالوا إذا طلب بعض الشركاء قسمة المهايأة فيما يمكن قسمته وطلب الآخرون قسمة الأعيان قدمت قسمة الأعيان . ويجبر عليها من أباها كما يجبر فى قسمة الأعيان . وهى لازمة عند الحنفية إلا فى بعض الأحوال كأن يطلب أحد الشريكين قسمة العين بعدالمهايأة فإن الحاكم يقسم بينهما ويفسخ المهايأة . وهى مهايأة فى المكان ومهايأة بالزمان ويجب فى هذه تحديد الزمان لا فى الأولى ، والأولى أعدل ولذلك لو اختلفا قدم طالبها. والمهايأة الزمانية عندهم إفراز من وجه ومبادلة من وجه ، والمهايأة المكانية قيل هى إفراز لا مبادلة وقيل هى إفراز من وجه وعارية من وجه . وقد أجازوا المهايأة على المنفعة وعلى استغلال العقار ولكن إن زادت الغلة فى نوبة أحدهما قسمت الزيادة بينهما ولا يجوز التهايؤ على استغلال الحيوان ، ولا يجوز التهايؤ فى ثمار الشجر والنخيل وألبان الغنم والماشية لأنها أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها فلا ضرورة تدعو إلى التهايؤ . وإذا تعددت الأعيان تجرى عند الحنفية فى قسمتها مهايأة مايجرى فى قسمة الأعيان نفسها إلا فى بعض صور اختلف فيها المعنى عند الإمام فاختلف الحكم عنده . وإذا كانت المهايأة على المنافع مكانية كان لكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهايأة سواء شرط الاستغلال فى العقد أم لم يشرط وسواء كانت المهايأة فى عين واحدة أو عينين لأن المنافع بعد المهايأة تحدث على ملك كل واحد فيما أخذه فيملك التصرف فيه بالتمليك من غيره وإذا زادت الغلة فى نوبة واحد كانت الزيادة له .

وإذا كانت المهايأة بالزمان فلا خلاف فى أنهما إن لم يشترطا لم يملك واحد منهما الاستغلال وإذا اشترطا ذكر القدورى أنه لايملك وروى فى البدائع عبارة للأصل تحتمل إفادة الملك وقال إنه على هذا الاحتمال يثبت الاختلاف بين روايتى الحاكم والقدورى . هذا موجز لأحكام المهايأة على وجه العموم عند الحنفية أما حكم المهايأة فى الوقف فسيأتى فى الأصل .

مادة ٤٠ — لكل من المستحقين أن يطلب فرز حصته فى الوقف متى كان قابلاً للقسمة ولم يكن فيها ضرر بين .

ويعتبر الناظر على الحصة الخيرية قانوناً كأحد المستحقين فى طلب القسمة .

وتحصل القسمة بواسطة المحكمة ، وتكون لازمة .

٤٦٤ — جمعت هذه المادة الأحكام العامة لقسمة أعيان الوقف بين مستحقيه قسمة جبر واختصاص . وهى الأحكام المتعلقة بصفة هذه القسمة ، وبالشروط التى يجب توافرها لحصولها ، وبمحلها ، وبمن يتولاها .

أولا — صفة القسمة

٤٦٥ — والصفات التى أعطاها الشارع لقسمة هذه الأعيان هى أنها قسمة إفراز لا قسمة مبادلة ولا قسمة مهايأة ، وأنها قسمة جبرية ، وأنها قسمة لازمة .

١ — الإفراز .

بدأ الشارع هنا فعبر عن القسمة بأنها « فرز » ثم عمد بعد ذلك إلى التعبير بالقسمة ، وكان ذلك منه للتنبيه إلى أنه يعنى أن قسمة الوقف بين مستحقيه لا تكون ولا يجبر عليها إذا طلبها المستحق إلا إذا كانت قسمة الأعيان تعتبر قسمة إفراز ،(١) لا قسمة مبادلة فإنها لا تجوز كما سيجىء ولا قسمة مهايأة ، وهى قسمة لا يجبر عليها وإن كانت جائزة . وقد اقترح بمجلس الشيوخ أن تكون هذه القسمة قسمة مهايأة لا قسمة إفراز فقرر المجلس رفض هذا الاقتراح .*

٤٦٦ — وفقهاء الشريعة الإسلامية مختلفون فيما يسمى من القسمة إفرازاً وما يسمى مبادلة . فذهب فقهاء الحنفية إلى أن كل قسمة تشتمل على الإفراز

(١) يقال فى اللغة فرزت الشيء « من باب ضرب » وأفرزته قسمته ، وفرز له نصيبه وأفرزه له إذا عزله ومازه . والفرز « بكسر الفاء » النصيب المفروز لصاحبه واحداً كان أو أكثر .

والمبادلة معاً ، لأن كل جزء من العين المشتركة قبل قسمتها مملوك للشركاء ، فإذا جمع لكل منهم نصيبه كان بعضه مملوكاً له وباقيه ملك لشركائه أخذه عوضاً عما فى أيديهم من نصيبه ، فكان فيها معنى الإفراز بالنظر لما كان يملكه ، وفيها معنى المبادلة بالنظر لما ملكه عوضاً عما فى يد شركائه مما كان يملكه . ولكنهم قالوا إن معنى الإفراز والتميز فى المثلى « المكيل ، والموزون ، والعددى المتقارب » أظهر لعدم التفاوت بين أبعاضه فكان ما يأخذه كل شريك من أنصبة شركائه مثل حقه صورة ومعنى فأمكن أن يجعل عين حقه وأن يغلب فيه معنى الإفراز . أما غير المثلى فإن معنى المبادلة فى قسمته أظهر للتفاوت فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما بيقين ، والمبادلة أظهر فى غير المثلى وإن اتحد الجنس غير أنه يجبر على القسمة عند اتحاد الجنس مراعاة لما فيها من معنى الإفراز وإن كان مغلوباً ودفعا للضرر عن طالب القسمة فى أمر لاضرر فيه على الشريك لتقارب المقاصد إذا اتحد الجنس ، والجبر يجرى فى المبادلة دفعاً للضرر [1] . وإذا اختلف الشركاء فى القسمة على الدراهم وكل ما يصلح ثمناً لا يتبع القاضى طريقها إلا إذا كانت القسمة لا تتيسر إلا بها فإنه يتبع طريقها ويجبر عليها ولو كانت الدراهم كثيرة وكانت القسمة محض معاوضة لأن ولايته تتعدى إلى مالا تتأتى القسمة إلا به والجبر يجرى فى المعاوضات دفعاً للضرر [2] . فالإفراز عندهم غالب فى المثليات ، كانت القسمة بالتراضى أو كانت جبراً ، والمبادلة غالبة فى غيرها كذلك وإذا كان فيها دراهم أو ما يصلح ثمناً كان ذلك محض معاوضة لا إفرازاً .

وفقهاء المالكية قسموا القسمة إلى مراضاة ، وهى تكون فى المثلى وغيره ، وهى كالبيع ، وإلى قرعة ، وهى لا تدخل المثلى وتكون فى غيره ، ولا يجوز أن يكون فيها رد عوض أصلاً على المعتمد لأنها تكون إذ ذاك محض معاوضة وفيها غرر إذ لا يدرى كل منهما هل يرجع أو يرجع عليه وقيل يجوز رد العوض القليل

---

(١) البدائع جـ ٧ / ١٧ ، ١٨ — تكملة فتح القدير جـ ٨ / ٣ ، ٤ — الزيلعى جـ ٥ / ٢٦٤ ، ٢٦٥ (٢) المبسوط جـ ١٥ / ١٩ ، ٢٥ .

كالدرهم فى أربعين لخفة الأمر ، وقسمة القرعة عنـدهم تمييز حق لا بيع فهى وحدها الإفراز ، ولا تكون فى المثلى ، لـكن إن كان فيها رد عوض على القول بجوازه كانت معاوضة يجبر عليها للضرورة وخفة الأمر (١) .

وقال فقهاء الشافعية إذا كانت القسمة باعتبار الأجزاء ، وهى قسمة المتشابهات ، وهى المثليات ومالا يحتاج تعديله إلى تقويم كالثوب لا ينقص بالشق والدار متفقة الأبنية والأرض متشابهة الأجزاء ، كانت قسمة إفراز . أما إذا احتاج التعديل فيها إلى التقويم أو كان فيها رد عوض فإنها تكون بيعاً لا إفرازاً (٢) .

واتفق فقهاء الحنابلة على أن قسمة الجبر، وهى ما ليس فيها ضرر ولا رد عوض ، تكون إفرازاً ، وعلى أن القسمة بالتراضى إذا كان فيـه رد عوض تكون بيعاً ، واختلفوا فى قسمة التراضى إذا لم يكن فيها رد عوض فذهب بعضهم إلى أنها كبيع يجوز فيها ما يجوز فيه ، وقال القاضى فى التعليق وصاحب المبهج والموفق فى الـكافى أن البيع ما فيه رد عوض و إن لم يكن فيها رد عوض فهى إفراز النصيب وتمييز الحصص وليست بيعاً واختاره تقى الدين ابن تيمية (٣) .

وقال ابن حزم إن القسمة تمييز حق كل واحد وتخليصه وليست بيعاً ، ولو كانت بيعاً لما جاز أن تأخذ البنت ديناراً والابن دينارين . (٤) فهو يرى أن القسمة الجائزة كلها إفراز ، وهو وأن لم يعرض لمسألة رد العوض صراحة يؤخذ من مجموع كلامه فى القسمة أنه لا يرى الجبر على ذلك .

من هذا عرفت مدى اختلافهم فيما تكون فيه القسمة إفرازاً وما تـكون فيه مبادلة والمنحى الذى نحاه كل منهم فى تقرير مذهبه ، ولـكنهم مع هذا الاختلاف متفقون على أنه إذا كان فى القسمة رد عوض كان فيما يقابل هذا العوض مبادلة و بيعاً محضاً ولا تـكون إفرازاً .

٤٦٧ — والقانون لا يريد من الإفراز المعنى الذى يراه الحنفية لأنهم

---

(١) الخرشى جـ ٤/٤٠٠ ما بعدها (٢) الأنوار جـ ٢/٥٠٣
(٣) كشاف القناع جـ ٤/٢١٩ (٤) المحلى جـ ٨/١٣٣

كما سمعت يرون أن فى كل قسمة إفرازاً ومبادلة ولأنهم لايرون قسمة أعيان الوقف قسمة اختصاص وقد عدل عن مذهبهم فى هذا إلى مذهب غيرهم فلا محل للرجوع إلى اصطلاحهم فى قسمة الملك الطلق ولأنه لو أراد من الإفراز القسمة التى يغلب فيها الإفراز عندهم ، وهو لا يغلب عندهم إلا فى قسمة المثليات ، لكانت أحكامه فى القسمة عبثاً ليس لهـا فائدة تذكر . كما أنه لايريد من الإفراز ماراه غيرهم سوى ماراه الشيخ تقى الدين ابن تيمية ومن تابعوه الذين ذهبوا إلى جواز قسمة الوقف بين مستحقيه وأخذ القانون ذلك عنهم ، فهو مصدره وهوالذى تفسر ألفاظه طبقاً له . فالإفراز الذى يعنيه القانون فى قسمة الوقف هو القسمة التى ليس فيها رد عوض ، وتكون فى الأعيان ، مثليـة أوغير مثلية ، تشابهت أو اختلفت ، اتحدت أو تعددت . أما إذا كان فى القسمة رد عوض فإنها لا تكون إفرازاً ولا تكون من القسمة التى عناها القانون ، فإنه قانون فقهى ليس فى وسع واضعه أن يخرج على ما اتفق عليه الفقهاء و يطلق الإفراز على ما لم يقل أحد منهم أنه إفراز .

٤٦٨ — والإفراز فى نظر هذا القانون قد يكون تمييزاً تاماً من كل وجه ، ويكون ذلك بإفراز نصيب كل طالب على حدة بحيث لا تبقى له شركة مع غيره ، وقد يكون تمييزاً تاماً بالنظر لمجموع أنصبة جماعة من المستحقين وليس فى هذا تمييز حقيقى لنصيب كل منهم و إن كان فيه تقليل الشيوع بالنسبة له و إفراز فى الجملة ، وقد يكون تمييزاً لنصيب المستحق على وجه يشو به شىء من الشيوع كما سيجىء . فإذا كان الوقف مستحقاً لجماعة من الناس وكانت طائفة منهم تستحق ثلثه مثلا ، وطلبت هذه الطائفة أفراز هذا الثلث عن بقية الوقف ليكون شائعاً بينهم أجيبوا إلى ذلك وأفرز لهم هذا الثلث ، وهذا الإفراز تمييز تام لهذا الثلث عن بقية الوقف ولـكنه ليس أفرازاً ولا تمييزاً لنصيب كل من مستحقيه لأنه بقى شائعاً مع أنصبة شركائه فى هذا الثلث ، وكل مافى الأمر أن شيوعه قل نوعاً ما وأصبحت دائرة الشيوع فيه ضيقة . وكذلك لو أفرز نصيبه وكان عليه أن يؤدى مايخصه

من الاستحقاق غير المعين أو غير الدائم . وقد كان ظاهر قول المادة ٤٠ «لكل من المستحقين أن يطلب فرز حصته . . . » أن هذا النوع من الإفراز لا يجوز ، إذ ليس فيه تمييز لحصة كل من المستحقين تمييزاً تاماً لبقائها شائعة أو لأنه يشوبها شيء من الشيوع ولكن الشارع قد نبه فى المذكرة التفسيرية وبأحكام المادة ٤٢ إلى أنه يريد الإفراز بنوعيه ، وإفرازها مع ثبوت حق عليها تؤديه إفراز يشوبه الشيوع ، وإفرازها مع بعض الحصص عن الحصص الباقية إفراز لها فى الجملة عن بقية الحصص وإن بقيت شائعة فللمستحق أن يطلب إفراز حصته وحدها ، وله أن يطلب إفرازها مع بعض الحصص ، وله أن يطلب إفرازها إذا كان عليه أن يؤدى من غلتها حصة من استحقاق غير معين أو غير دائم .

(٢) — الجبر ،

٤٦٩ — والقانون قد أعطى لكل مستحق الحق فى أن يطلب من المحكمة فرز حصته فى الوقف متى تحقق الشرط فى ذلك ، وأطلق القول فى هذا ، فمتى طلب منها الإفراز وتحققت الشرائط أجابته المحكمة إلى ذلك ، أبى ذلك ناظر الوقف أو قبله ، مانع فيه المستحقون الآخرون أو بعضهم أو رضوا به ، فلا أثر لرضا هؤلاء أو ممانعتهم .

فمعنى الجبر هنا هو أن القسمة تحصل من المحكمة وإن لم يرض بها هؤلاء أو بعضهم . وقسمة الوقف بين مستحقيه تتفق من هذه الناحية مع قسمة الملك الخالص بين الشركاء فى معنى ، وتخالفها فى معنى آخر . فهما متفقتان فى أن القسمة إذا كانت جائزة وطلبها البعض وامتنع البعض الآخر أجراها القاضى جبراً . وهما مختلفتان فى أن الحق الأول فى قسمة الملك الشائع للشركاء ، فلهم أن يقتسموا بالتراضى من غير رجوع إلى القاضى أصلاً أو بالرجوع إليه لتكون بالتراضى أمامه ، أما قسمة الوقف بين مستحقيه فى نظر هذا القانون فإنها ليست حقاً للمستحقين يتولونها بأنفسهم وإنما هى حق خالص للمحكمة لا يمكن أن تحصل وتتحقق إلا إذا قامت بها المحكمة نفسها ، ومن هذا يتبين أن معنى الجبر أيضاً مختلف

فى الحالين ، فهو فى قسمة الملك يقوم على أساس نيابة القاضى عن الشريك الممتنع فيما كان يملكه وامتنع عنه ظلماً لدفع الضرر عن شريكه . أما قسمة الوقف بين المستحقين فليس فيها جبر على ما كان يملكه وامتنع عنه ظلماً وليس فيها معنى هذه النيابة ، وكل ما فيها هو عدم الالتفات إلى المعارضة التى لا مبرر لها فى إجراء قسمة هى من أول الأمر حق للمحكمة وحدها .

(٣) اللزوم

٤٧٠ — ومتى حصلت القسمة بواسطة المحكمة وصار قرارها نهائياً كانت لازمة لا خيار لأحد فيها ولا تنقض بحال . فليس لأحد المستحقين أن يقول بعد القسمة النهائية أنه لا يريد استمرارها ويطلب نقضها كما هو الحال فى قسمة المهايأة . وكما تلزم القسمة بالنسبة للمستحقين المقتسمين تلزم بالنسبة لمن يستحق بعدهم ، كان موجوداً ولم يكن له شأن فى القسمة حين حصولها أو لم يكن موجوداً أصلاً ، وليس له نقضها بحجة أنه لم يكن ممثلاً فيها فلا تكون ملزمة له ، لأن القانون قد احتاط لهؤلاء ولجهة الوقف فجعل القسمة من حق المحكمة وحدها لترعى حقوقهم كما ترعى حق الصغير وناقص الأهلية وعديمها والغائب .

٤٧١ — وتلزم القسمة ولا يكون لأحد طلب نقضها وإبطالها بحجة أنه وقع فيها غبن فاحش لا يدخل تحت تقويم المقومين أو كان فيها ضرر بين ، لأنها قسمة حصلت بواسطة المحكمة بعد بحث وتقويم وتعديل واستعانة بأهل الخبرة فيكون طلب إبطالها لهذا السبب من الطلبات التى يكذبها الظاهر ، ولهذا أطلق القانون القول بلزومها .

٤٧٢ — وتلزم القسمة ولا تنقض إذا مات أحد المقتسمين أو انقرض أهل حصة بعد القسمة النهائية وآل استحقاق الحصة التى مات أو انقرض أهلها لسبب من الأسباب إلى بقية المقتسمين أو بعضهم ، فتبقى الأقسام الأخرى لأهلها وينظر إلى هذا القسم على أنه وقف مستقل ، فإن كان قابلاً للقسمة وتوافر شرطها وطلبت

طبقت عليه أحكام قسمة الوقف وإن لم يتوافر شرطها بقى شائعاً بين مستحقيه[1].

٤٧٣ – وتلزم القسمة ولا تنقض إذا تحسنت حال أحد الأقسام بعد القسمة وتضاعفت غلتها وارتفعت قيمتها ارتفاعاً عظيماً وإن لم يكن ذلك لجهود من اختص به وكذلك يكون الحكم لو أن أحد الأقسام انحطت غلته ونزلت قيمته أو تخرب وإن لم يكن ذلك لإهمال من اختص به وتقصيره[2].

وقد روعى فى هذا أنه بالقسمة واختصاص كل مستحق بما أفرز له صار كل قسم وقفاً مستقلاً لا صلة له بالآخر، وأنه لا فرق بين الملك المطلق والملك المحمل بعبء الوقف فيما يترتب على القسمة من الآثار.

٤٧٤ – وتلزم القسمة ولا تنقض إذا بيع أحد الأقسام أو بعضه فى دين على الواقف أو على أعيان الوقف، وإن لم يمكن الرجوع بقيمته فى مال الواقف أو فى تركته. وكل مايثبت له هو الاستحقاق فى أعيان الأقسام الأخرى بالقدر الذى تخوله له أحكام المادة ٣٩ مع بقاء كل قسم منها مستقلاً، وفى هذه الحال تعود الشركة فى كل قسم منها ويعتبر وقفاً مستقلاً تطبق عليه أحكام القسمة متى طلبت. ولا ريب فى أن هذه الطريقة ضرراً بالغاً على هذا المستحق فى أكثر الأحايين لتفرق نصيبه، ولكن هذا ما تقضى به أحكام المادة المذكورة كما يقضى به النص فى هذه المادة على لزوم القسمة نصاً مطلقاً عن كل قيد. ولو أن الشارع استثنى مثل هذه الحالة وأخذ فيها بعدم اللزوم لكان ذلك أقرب للعدالة مما أخذ به.

وإذا استحق أحد الأقسام أو بعضه لم تنقض القسمة ويكون الحكم ما جاء

(١) كانت لجنة الأحوال الشخصية قد قررت أولا أنه « لذا اقتسم المستحقون الوقف أو حصتهم فيه ثم آلت إليهم حصه أخرى لا تمكن قسمتها بينهم جاز ضم هذه الحصة الى أصل استحقاقهم واستئناف القسمة » ولكنها رجعت فيما بعد عن هذا الحكم واستبعدته من المشروع (محضر الجلسة الثامنة والأربعين – ٢٢ يناير سنة ١٩٤٢).

(٢) كانت لجنة الأحوال الشخصية قد قررت أولا أنه « إذا تحسن أحد الأنصبة بفعل صاحبه لا تنقض القسمة، أما إذا كان التحسن لعارض لا دخل له فيه جاز نقضها. وإذا انحط أحد الأنصبة بفعل صاحبه أو نتيجة إهماله وتقصيره لا تنقض، أما إذا كان ذلك لعارض لا دخل له فيه جاز نقضها » ثم عادت إلى مناقشة هذا الموضوع وقررت حذف هذه الأحكام من المشروع وأن تكون القسمة لازمة لا تنقض [محضر الجلسة التاسعة والأربعين – ٢٦ يناير سنة ١٩٤٢].

فى بيع الحصة المفرزة فى الدين عملاً بإطلاق اللزوم فى هذه المادة ولأن الاستحقاق كالبيع فى المناط الذى اقتضى الأحكام المبينة فى تلك المادة فيجب أن يثبت له حكمه بدلالة النص .

أما إذا بطل وقف المريض فيما يتوقف على أجازة الوارث فإن النقص يلحق كل قسم بنسبة ما يصيبه فلا وجه للقول بنقض القسمة . وإذا اغتصب أحد الأقسام أو بعضه ولم يمكن استرداده ولا أخذ قيمته أو هلك أو استهلك ولم يمكن الوصول إلى قيمته فإنه يضيع على صاحبه ولاحق له فى باقى الأقسام لأنها صارت أوقافاً مستقلة فلا فرق إذن بين الهلاك والغصب والتخرب وانحطاط القيمة .

٤٧٥ — وكما تلزم القسمة بالنظر للأقسام المفرزة تلزم أيضاً بالنظر للأساس الذى قامت عليه القسمة وهو مقادير الأنصبة فى الاستحقاق حين القسمة، لأن القسمة لا تتم إلا بعد معرفة الأنصباء معرفة محققة على وجه لا يشوبه شىء من النزاع الجدى ، أى أنها تكون متفقة مع شرط الواقف وأحكام هذا القانون ومحل اتفاق فيما بين المقتسمين ، فليس لأحدهم أن يعود بعد هذا إلى المنازعة فى النصيب ويزعم أن له نصيباً فى الاستحقاق أكثر مما احتسب له ويطلب نقض القسمة لذلك .

٤٧٦ — ولكن لزوم القسمة بالنسبة للنصيب فى الاستحقاق لا يكون إلا إذا كانت القسمة مبنية على أنصبة من الاستحقاق مستقرة ، أما إذا كانت هذه الأنصبة غير مستقرة حين القسمة فإنها لا تكون لازمة بالنسبة للأنصبة ولا تمنع من المطالبة بالنصيب الزائد فيما بعد وإن كان هذا لا يؤثر على لزوم القسمة بالنسبة للأقسام ، ويستوى أن يكون عدم الاستقرار كان معروفاً حين القسمة وأن يكون غير معروف وقتها ثم تبين فيما بعد .

فإذا أقر مستحق بولد وثبت نسبه منه بناء على هذا الإقرار ولم يكن هناك طريق لثبوته منه سوى هذا الإقرار وكان متهماً فيه وتوفى المقر وطالب ولده هذا بالاستحقاق وحكم له باستحقاق نصيب والده على بقية المستحقين بحكم نهائى صادر قبل القانون ، وبعد صدور القانون اقتسم المستحقون هذا الوقف مع هذا الولد

على أساس الحكم الصادر له ثم توفى أحدهم بعد القسمة وانتقلت حصته إلى أولاده لم تكن القسمة بالنظر للنصيب لازمة بالنسبة لهم لأن الحكم الصادر لهذا الولد ليس حجة عليهم لأنهم لم يكونوا من أطرافه ولهم أن يطالبوا بالزيادة التى كانت تصيبهم لولا وجود هذا المقر له ولا تمنعهم من ذلك القسمة على أساس استحقاقه لكل ما حكم له به ، ولكن ثبوت هذا الحق لهم وعدم لزوم القسمة بالنظر للنصيب فى الاستحقاق لا يؤثر على لزومها بالنسبة للأقسام فليس لهم أن يطالبوا بنقض القسمة واستئنافها ولكنهم يشاركون المقر له فى قسمه بمقدار ما ثبت لهم ويكون مثلهم فى ذلك مثل من آل إليهم جزء من استحقاق شخص مات وآل استحقاقه لأهل الوقف أو لأهل الحصة الخاصة . وكذلك لو أن واقفاً اشترط حرمان المستحق إذا ارتكب أمراً ولم يشترط عودة النصيب إليه إذا زال سبب الاستحقاق فارتكب مستحق هذا الأمر وحرم وآل نصيبه لبقية المستحقين ثم صدر القانون واقتسم المستحقون الوقف و بعد القسمة زال سبب الحرمان عن المحروم وثبت له الاستحقاق طبقاً لأحكام المادة ٣٤ فليس للآخرين أن يطالبوا بمنعه من المطالبة بالاستحقاق بحجة أن الوقف قد قسم قبل عودة الاستحقاق إليه والقسمة لازمة بالنظر للأقسام وللأنصبة على حد سواء ، بل له أن يطالب بذلك ولا تمنعه القسمة من هذه المطالبة ، ولكن متى أعطى نصيبه يستحقه فى جميع الأقسام و يستحق فى كل قسم ما يصيبه . وكذلك لو وقف على أولاده واقتسم الوقف أولاده المعروفون ولم يكن لهم حين القسمة منازع و بعد القسمة ظهر من يدعى بنوته للواقف وحكم له بذلك . وكذلك لو وقف ما يزيد على ثلث ماله على أولاده وتوفى بعد القانون واقتسم أولاده الوقف فى وقت لم يكن لهم فيه منازع ، ثم ظهرت بعد ذلك من ادعت أنها زوجة المتوفى وأثبتت ذلك فاستحقت حصتها الواجبة فى الوقف .

وقد أشارت المذكرة التفسيرية إلى هذا الموضوع زيادة فى الإيضاح ودفعاً لكل لبس قد ينشأ عن فهم أن لزوم القسمة يمنع من المطالبة بالاستحقاق فيما بعد على أساس مخالف لما تمت عليه القسمة . ومن الناس من لم يفهم هذا المعنى

فأخذوا يلهجون خطأ بأن من شرط القسمة نفسها استقرار الأنصبة .

انتهاء القسمة

٤٧٧ — والقسمة قد تبقى قائمة لازمة ، وقد تنتهى ، وحين انتهائها تكون قد زالت وانقضت فلا توصف بلزوم أو عدم لزوم . فلو وقف على أولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات ترتيباً جلياً بنص فى كتاب وقفه ، ولم يشترط قيام الفرع مقام أصله فإن الاستحقاق يكون دائماً منحصراً فى الطبقة العليا ، فإذا اقتسمت هذه الطبقة الوقف آل قسم كل من يموت إلى الباقين ، فإذا لم يبق منهم إلا واحد آلت إليه جميع الأقسام وصارت الأعيان كلها له وبذلك تنقضى القسمة وتزول ولا يبقى محل للقول بأن هناك قسمة لازمة أو غير لازمة ، فإذا مات هذا الأخير انتقل كل الاستحقاق إلى الطبقة التالية شائعاً ، فإذا اقتسموا كان الأمر معهم كأمر الطبقة التى قبلهم ، وهكذا . وكذلك تنتهى القسمة أيضاً إذا كان فيه ذلك الشرط ، لانتهاء الاستحقاق الذى كانت القسمة على أساسه وثبوت استحقاق جديد لأهل الطبقة التالية .

ولو وقف على أولاد زيد وذريته وقفاً مرتب الطبقات ولم يكن لزيد حين الوقف أولاد وكان له أولاد أولاد استحقوا الوقف ثم اقتسموه ، وبعد القسمة ولد لزيد أولاد لصلبه ، فإن قسمة أعيان الوقف تزول وتنقضى بوجود الطبقة الأولى لزوال أساسها وهو الاستحقاق ، ويكون الوقف للطبقة الأولى شائعاً . وكذلك يكون الحال لو أن طبقة حرمت وانتقل الاستحقاق إلى الطبقة التى تليها واقتسم أهلها الوقف ثم زال سبب الحرمان عن الطبقة السابقة وعاد إليها الاستحقاق . ولو وقف على محمد وأحمد ومحمود ثم من بعدهم على أولاد زيد وكان الترتيب أفرادياً واقتسم أهل الطبقة الأولى الوقف فكل من مات منهم آلت حصته لأولاد زيد شائعة وبانقراض الثلاثة يكون الوقف شائعاً بين أولاد زيد وتنتهى القسمة .

فالقسمة تنتهى بانتهاء الاستحقاق وثبوت استحقاق جديد وبانحصار الاستحقاق فى واحد من المقتسمين أو انحصاره فى واحد أو أكثر من غيرهم وبزواله عن المقتسمين .

ثانياً — شروط القسمة

٤٧٨ — شروط القسمة التى اشتملت عليها الفقرة الأولى من المادة ٤٠ ثلاثة ؛ أن تكون بناء على طلب المستحق ، وأن تكون الأعيان الموقوفة قابلة لها ، وأن لا يكون فى القسمة ضرر بين . والأول شرط لجواز الاشتغال بالقسمة ، والأخيران شرطان فى جواز طلبها ، أى أنه إذا تخلف شرط منهما كان الطلب غير جائز لا حق فيه للمستحق ، هذا هو ما تدل عليه الفقرة المذكورة ولا تدل على أكثر منه لأن « إذا » الداخلة على هذين الشرطين مرتبطة بالطلب . فإذا فرض تخلف هذين الشرطين أو أحدهما وأن المحكمة قبلت الطلب وسارت فيه لأن أمر هذا التخلف لم يظهر لها أو لأنها أخطأت أو كانت سيئة التقدير وحصلت القسمة فليس لهذه الفقرة حكم فى ذلك ومرده إلى ما لقرارات التصرف من قوة الشىء المفصول فيه و إلى ما نصت عليه الفقرة الثانية من أن القسمة متى حصلت كانت لازمة ، وهناك شرط رابع يحكم به العقل وهو إمكان القسمة بإمكان تحديد ما يفرز من الأنصبة ، وهو ما تشير إليه أيضاً بعض الأحكام الواردة بالمادة ٤٢ .

ا — الطلب

٤٧٩ — وليس للمحكمة أن تشتغل بقسمة الوقف بين مستحقيه من تلقاء نفسها و إن تبين لها أن المصلحة تقتضيه بل لا بد أن يكون ذلك بناء على طلب ممن يملكه لأن القسمة حق شخصى وشرعت لدفع الضرر عن الشركاء . ومن الجلى أن الطلب الذى يعول عليه هو طلبها من المحكمة ، لأن القسمة من حقها وحدها ، وطلب الشىء طلباً صحيحاً لا يكون إلا ممن يملكه ، فلا عبرة بالطلب إذا وجه للواقف أو الناظر ولم يوجه إلى المحكمة .

طلب المستحق

٤٨٠ — ولا يملك طلب القسمة سوى المستحق ، وهو الموقوف عليه الذى ثبت له الاستحقاق فعلاً فى غلة الأعيان التى يطلب قسمتها . فلا عبرة بطلبها

من الموقوف عليه إذا لم يكن مستحقاً لأنها شرعت لدفع الضرر عمن له حق الانتفاع فى العين المشتركة بتمكينه من ذلك على أكمل وجه والموقوف عليه غير المستحق لا حق له فى هذه المنفعة ثم هو لا يدرى أيكون مستحقاً أو غير مستحق فلا شأن له فى طلب القسمة قبل أن تأتى نوبة استحقاقه ، وإذا كان الموقوف عليه مستحقاً فعلاً فى غلة بعض أعيان الوقف وموقوفاً عليه غير مستحق بالفعل فى غلة بعضها الآخر كان له أن يطلب قسمة ما هو مستحق فيه دون غيره .

ولا عبرة بطلب الناظر القسمة بوصف كونه ناظراً وإن طلبها منه المستحق إذا لم يكن وكيلاً عنه فى طلب ذلك من المحكمة . وللناظر أن يطلب القسمة بوصف كونه مستحقاً أو ولياً على مستحق أو وكيلاً عنه أو ناظراً على حصة خيرية .

ولا قيمة لطلب الواقف القسمة من المحكمة إذا لم يكن مستحقاً ولا نائباً عن المستحق ولا وكيلاً عنه وإن كان له حق التغيير فى الوقف ، فليس له أن يطلب منها قسمة أعيان وقفه بين مستحقيه ، وذلك لأنه إذا كان لا يملك التغيير فى وقفه كانت القسمة من حق المحكمة وهو لا شأن له بها حتى يطلبها من المحكمة لأنها شرعت لتكميل المنافع ، والمفروض أنه ليس مستحقاً ولا يمثل مستحقاً . وإذا كان يملك التغيير فلا شأن له فى طلبها من المحكمة كما أنه لا محل لهذا الطلب فى قدرته إنفاذ ما يطلبه من طريق التغيير . أما إذا كان مستحقاً ولا يملك التغيير فيما هو موقوف على شركائه فى الاستحقاق وأراد القسمة فلا سبيل له إلا طلبها من المحكمة بوصف كونه مستحقاً ، وإذا كان مستحقاً له حق التغيير فإن شاء أنفذ ما يريده عن طريق التغيير وإن شاء التجأ إلى المحكمة وطلب القسمة بوصف كونه شريكا فى الاستحقاق .

ووجود الواقف لا يحول بين المستحق وبين طلب القسمة ولكن تراعى فى هذا الطلب أحكام المادة ٤٣ .

٤٨١ — وقد أطلق المستحق فى الفقرة الأولى من المادة ٤٠ عن كل قيد فشمل كل مستحق استحقاقاً أهلياً مهما كان نوع استحقاقه ومهما كان قدره ،

فللمستحق أن يطلب القسمة ، سواء أكان استحقاقه استحقاقاً واجباً أم كان استحقاقاً اختيارياً ، أم كان غلة حصته من الأعيان شائعة ، أم كان سهماً فى الغلة أو باقياً بعد مقدرات أو كان من المقدرات . ولكن يجب التنبه إلى أن الحكم الوارد هنا مقيد بما جاء بالمادتين ٤١ ، ٤٢ . أما المستحق استحقاقاً خيرياً فإنه لا يملك طلب القسمة والذى يملكه هو الناظر وهو الذى اعتبره القانون مستحقاً اعتبارياً كما سيجىء .

٤٨٢ — ولا يسمى مستحقاً إلا من كان الاستحقاق ثابتاً له وليس محل نزاع جدى . فإذا طلب القسمة من يرى أنه مستحق وكان الباقون يصدقونه فى ذلك ولكن ظهر من كتاب الوقف أنه ليس مستحقاً لاتجيب المحكمة طلبه ولا تحفل بتصديق الآخرين له ، اللهم إلا أن يكونوا قد أقروا له بذلك قبل العمل بالقانون على وجه يثبت له الاستحقاق به فلا مناص من اعتباره مستحقاً . وكذلك لا يجاب طلبه إذا كان فى استحقاقه نزاع جدى . أما إذا كان النزاع غير جدى فهو وعدمه سواء .

النيابة عن المستحق فى الطلب ، والمستحق الاعتبارى

٤٨٣ — إذا كان المستحق كامل الأهلية وكان استحقاقه أهلياً فله أن يطلب القسمة بنفسه وأن يوكل فيه من يصح توكيله فى حدود الأحكام الخاصة بالوكالة . أما إذا كان صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً أو محجوراً للسفه أو غائباً فإنه لا يكون أهلاً لهذا الطلب ، ولكن يملكه من يكون ممثلاً له من ولى أو وصى أو قيم أو وكيل ، وقد ورد بالمذكرة التفسيرية أن من له الولاية على مال القاصر والمحجور عليه يقوم مقامه فى طلب القسمة ولم تشر إلى الغائب ولكن هذا الإغفال لا يعنى أن وكيل الغائب لا يملك ذلك متى تبين أن فيه مصلحة له ، وإذا كان هذا قبلا محل تردد ومناقشة طبقاً للأحكام الفقهية فإنه لا محل لذلك الآن بعد أن صدر القانون الحسبى الذى سوى بين الوكيل عن الغائب والوصى والقيم فى كثير من التصرفات ومنها الدعاوى .

و إذا كان ولى المال هو الأب أو الجد فإنه يملك أن يطلب قسمة نصيب موليه الصغير بدون توقف على إذن أحد . أما إذا كان ولى المال وصياً و إن كان مختار الميت ، أو قيما ، أو وكيلاً ،فليس له أن يطلب ذلك إلا بإذن من المحكمة المختصة ، فقد نص فى المادة ٢٠ من القانون الحسبى على أنه لا يجوز للوصى أن يباشر رفع الدعاوى إلا بإذن من المحكمة إلا ما يكون فى تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له ولا ريب أن طلب القسمة ليس فى تأخيره شىء من ذلك ، و إذا كانت القسمة لا تعتبر فى نظر فقهائنا من الدعاوى فإنها تعتبر فى نظر واضعى القانون المذكور منها ، وقد نص فى المادتين ٤٦ ، ٥٣ منه على أن أحكام الوصاية تسرى على القوامة والوكالة بالقدر الذى لاتتعارض فيه الأحكام . و إذا كان المستحق أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وكان له مساعد قضائى ، وكان طلب القسمة مما يندرج تحت التصرفات التى تقررت فيها المساعدة ، فليس له ولا للمساعد طلب القسمة بدون إذن من المحكمة ، لما نص عليه فى المادة ٤٩ من أن أحكام القوامة تسرى على المساعدة بالقدر الذى تتفق فيه مهمة المساعدة ومهمة القوامة من حيث طبيعة كل منهما . و يجب التنبه إلى أن كل ماذكر إنما يطبق على المستحق إذا كان مصرياً ، أما إذا كان غير مصرى فإنه يرجع فيه إلى قانون الأهلية للدولة التى ينتمى إليها .

٤٨٤ — و إذا كان الاستحقاق خيرياً فليس للمستحق إذا كان من الآدميين أن يطلب القسمة ،كما أنه إذا كان المستحق جهة خيرية لها من يمثلها قانوناً كناظر المسجد وشيخ الأزهر ورئيس الجمعية الخيرية وأشباههم فليس لهذا الممثل طلب القسمة ، و إنما يكون هذا من حق الناظر على الحصة الخيرية فى الوقف ، وذلك لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٠ على أن الناظر على الحصة الخيرية يعتبر قانوناً فى طلب القسمة كأحد المستحقين المذكورين بالفقرة الأولى منها ، أى أنه هو الذى له الحق فى الطلب الوارد بها دون غيره وهو الذى يعتبر وحده ممثلاً لهذا النوع من الاستحقاق فى ذلك ، لا أنه يراد اعطاؤه هذا الحق مع ثبوته للمستحق أيضاً ، و إذا كان المستحق

قد أطلق فى الفقرة الأولى فإن ما أريد منه بالنسبة للخيرى قد تحدد بحكم الفقرة الثانية فالمستحق فى نظر هذا القانون هنا مستحق حقيقى وهو الآدمى الذى يستحق استحقاقاً أهلياً ومستحق اعتبارى وهو ناظر الحصة الخيرية والسر فى ذلك أن المستحق استحقاقاً خيرياً من الآدميين يكون استحقاقه فى الأعم الأغلب منوطاً بوصف يوجد ويزول، كالفقر وطلب العلم إذا كان الموقوف عليهم يحصون، وأشباه ذلك، وقل أن يكون وصفاً لا يتحول فاستحقاقه متزلزل وعلى شرف الزوال ولا ينتقل لذريته وفى مثل هذه الحال لا يتحقق المعنى الذى حمل الشارع على الأخذ بقسمة الوقف بين مستحقيه، وإذا كان المستحق جهة ليس لها من يمثلها كالفقراء والحج والغزو وطلب العلم فليس لأحد حق معين فلا وجه لطلب القسمة. أما إذا كان المستحق جهة خيرية لها من يمثلها قانوناً فقد كان الرأى أولاً أن الذى يعتبر كأحد المستحقين فى طلب القسمة هو ممثل الجهة الموقوف عليها ولكن روعى أخيراً أن هذا الممثل عامل لغيره كالناظر والقصد الأول من القسمة هو تمكين كل مستحق أن يعمل لنفسه بالقدر المستطاع، ولا فضل لممثل على ناظر فى ذلك[1]. وناظر الحصة الخيرية قد جعل بالنظر لطلب القسمة مستحقاً اعتبارياً بوصف كونه ناظراً لها، أى بحكم صلته بها لا بمستحقيها، فهو ممثل لها لا ممثل لهم فى هذا الطلب، فله أن يطلب قسمتها هى وإفرازها جملة واحدة لا أن يطلب إفراز نصيب كل من مستحقيها لأنه لا يمثله، والهدف الوحيد من القسمة هنا هو تمكن الناظر من إدارة هذه الحصة على الوجه الأكمل. فلو كانت الحصة الخيرية لفقراء قرابة الواقف على أن يبدأ بالبطن الأعلى ثم الذى يليه وهكذا، أو كانت لطلبة العلم

(١) كانت لجنة الأحوال الشخصية قد قررت أنه « إذا كان المستحق عديم الأهلية قام مقامه فى ذلك من له الولاية على ماله . وإذا كان جهة خيرية قام مقامها من يمثلها شرعاً أو قانوناً » ثم استبعدت النص على ذلك فى متن القانون على أن يكتفى بإيراده فى المذكرة التفسيرية، ولكن لجنة العدل بمجلس الشيوخ قد رأت الاكتفاء بالمذكرة بالنسبة لعديم الأهلية لأنه مستحق يملك نائبه ما يملكه ورأت عدم الاكتفاء بها بالنظر للجهة الخيرية ونصت على ذلك فى متن القانون بعد أن عدلته ووضعت الحصة بدلا من الجهة التى لها ممثل وجعلت الحق لناظرها لا لغيره. والمعنى فى هذا هو ما أوردته بالأصل، ومراعاة أن النظر على الوقف الخيرى لا دخل فيه لممثل الجهة ولا المستحق.

من ذريته ، أو كانت ليتامى قريته ، أو للشيوخ والعجزة من أهلها ، أفرزت هذه الحصة بطلب الناظر من الحصص الأخرى لا بطلب المستحقين ولا بطلب بعضهم ، كما أنها هى لا تقسم بين المستحقين لا بطلبهم ولا بطلب الناظر .

والذى اعتبر مستحقاً له حق طلب القسمة هو ناظر الحصة الخيرية ، فلا يثبت هذا الاعتبار لناظر الوقف إذا كان كله خيرياً وإن كان حصصاً لأن هذا ما يفيده النص هنا وفى المادة ٤١ ولانتفاء المعنى الذى من أجله شرعت القسمة للحصة الخيرية ، فلو وقف وجعل ثلث الريع لطلبة العلم بالأزهر من أهل جهة معينة ، والثلث لعلاج المرضى بمستشفيات معينة ، والثلث الباقى لفقراء قرابته ، لم يكن لمستحق آدمى أن يطالب إفراز نصيبه ، كما أنه ليس للناظر على هذا الوقف أن يطلب إفراز نصيب لكل جهة من هذه الجهات لأنه ناظر على الكل وليس للقسمة والحال هذه أية فائدة وفيها ضرر الاشتغال بها ودفع نفقاتها بدون مبرر . أما إذا لم يكن النظر على هذا الوقف متحداً وكان الناظر على كل حصة منها غير الناظر على الأخرى ،كان لكل منهم أن يطلب إفراز نصيب للحصة التى يمثلها لوجود الفائدة . ومقتضى حرفية النص هنا وقول المادة ٤١ « إذا شرط الواقف فى وقفه خيرات . . . . فرزت المحكمة حصة . . . » أنه إذا كان الوقف كله خيرياً لا يقسم وإن تعددت الحصص وكان لكل منها ناظر مستقل ، ولكن الحكم يدور مع المعنى الذى قام عليه .

والحصة الخيرية قد تكون غلة أعيان شائعة ، وقد تكون سهماً فى غلة الأعيان ، وقد تكون مقداراً معيناً أو غير معين ، وقد تكون الباقى بعد هذا المقدار ، وإذا تعددت الحصص الخيرية فى وقف واحد وتعدد نظارها كان لكل ناظر أن يطلب إفراز نصيب لحصته بنص هذه المادة ، وإذا كان الناظر عليها واحداً اعتبرت بالنظر للقسمة حصة واحدة لما بينته من قبل . ومن البين أنه لا يجوز لناظر الحصة الخيرية أن يطلب إفراز نصيب لها إلا إذا توافر شرط جواز الطلب وكانت هذه الحصة مما يقسم له طبقاً لأحكام المادة ٤١ .

٤٨٥ — وليس للمستحق حقيقة أو اعتباراً أن يطلب إلا إفراز حصته هو فى الأعيان الموقوفة الشائعة ، وليس له أن يطلب قسمة الوقف بين مستحقيه ، ولا تقسمه المحكمة بينهم بناء على طلب أحدهم إفراز نصيبه ، فمن لم يطلب لا يقسم له ويبقى نصيبه على الشيوع ، ويستوى فى ذلك الإفراز التام وغيره ، فلو أن جماعة كانوا شركاء فى سهم من الغلة أو فى غلة حصة شائعة من الأعيان أو فى مقدار معين ، فليس لأحدهم أن يطلب إفراز حصة السهم أو الحصة الشائعة أو حصة المقدار المعين بدون طلب من شركائه ، ولا يفرز جملة إلا بطلبهم جميعاً ، لأنه ليس حصة لواحد منهم وإنما هو حصة للجميع .

وفى بعض الأحيان قد يقسم للطالب نصيبه رغم أنه لم يطلب ذلك ، فلو كان الوقف مشتركا بين عشرة من المستحقين لكل منهم العشر فطلب تسعة منهم إفراز حصة لهم جميعاً لتكون مشتركة بينهم أجيبوا إلى ذلك لأنه حق لهم ، ولا تكون حقيقة القسمة فى هذه الحال إلا إفراز العشر للشخص الآخر الذى لم يطلب القسمة .

٤٨٦ — وحصة المستحق من الأعيان الموقوفة هى القدر الشائع منها الذى جعل له الواقف غلته إن كان ذلك ، وإلا فهى سهم منها يوازى سهمه فى غلة هذه الأعيان حين القسمة ، وأمر هذا السهم واضح إذا كان استحقاقه من طريق السهام إما بتحديده له من الواقف أو بحكم توزيع الغلة على المستحقين بالتفاضل أو بالتساوى طبق شرط الواقف . أما إذا كان استحقاقه مقداراً معيناً فإن كان من المقادير التى لا يدخل عليها النقص وتقدم على غيرها أو تشترك معها كانت الحصة بقدر السهم الذى ينتج من نسبة هذا المقدار إلى كل الغلة حين القسمة ، وإن كان من المرتبات التى يدخل عليها النقص طبقاً لأحكام هذا القانون فى المرتبات قدر سهم هذا المرتب طبقاً لهذه الأحكام وتكون حصته من الأعيان بمقدار هذا السهم من غلتها حين القسمة إلا إذا كان احتساب هذا السهم له فيها

يترتب عليه استحقاقه لأكثر مما شرط له فإنه يحاسب على هذا المقدار فحسب وتكون حصته فى الأعيان بمقدار السهم الذى ينتج من نسبته إلى الغلة حين القسمة .

الاستحقاق الذى لا يمكن افراز حصته

٤٨٧ — ومن البين أنه ليس للمستحق أن يطلب إفراز حصته إلا إذا كان ذلك ممكناً . فإذا شرطت فى الوقف خيرات غير معينة لا حقيقة ولا حكما فليس للناظر أن يطلب إفراز حصة لها لأن الإفراز يكون من طريق السهام ومعرفة سهمها غير ممكن للجهالة وكذلك لو شرط مقادير معينة دائمة غير دورية أو شرط مقادير غير متكررة كما سيجيء ، ولو شرط فى وقفه مرتبات خيرية أو أهلية وجعل الفاضل لغير أصحاب هذه المرتبات وكانت هذه المرتبات مما لا يدخل عليها النقص لظهور أنه أراد بوقفه أصحاب هذه المرتبات وَجَعْل الفاضل لغيرهم كان من باب الاحتياط واستكمال المصارف لا غير فليس لمستحق هذا الفاضل إذا وجد أن يطلب القسمة لأن استحقاقه مجهول فقد يبقى له شيء وقد لا يبقى لتغير أحوال الغلة ، ومراعاة الغلة وقت القسمة فيه ضرر بين على ذوى المرتبات ، كما أنه لا يسمى مستحقاً مع هذا الاحتمال ، وليس من الممكن تعيين سهمه فى الأعيان فامتنعت القسمة له ، ولكن هذا لا يمنع من القسمة لأصحاب المرتبات إذا كانت مما يقسم لها وإذا فضل من حصة واحد منهم فى سنة فضل من الغلة كان حقاً لصاحب الفاضل يعطى له ، ويكون حكم الاستحقاق غير المعين كحكم المقدار غير المعين ، وهذا هو النتيجة الحتمية لعدم إمكان القسمة لصاحبه وثبوت حق الآخرين فى طلب القسمة لأن لهم حقاً ثابتاً معيناً ، وتكون قسمة الأعيان بين أصحاب المرتبات بنسبة مرتباتهم بعضها إلى بعض . وكذلك يكون الحكم لو أن الواقف وزع غلة الوقف من طريق المرتبات الأهلية ولم يعرض لما عساه يفضل من الغلة ، فإن هذه المرتبات لا يدخلها النقص كما بينت من قبل ، وهذا إذا لم يكن قد وقف الوقف على ذوى المرتبات ، فإن ما يفضل من الغلة يكون للفقراء وتكون هذه الصورة كالصورة التى ذكرتها

قبلا ، ونظيرها أيضاً ما لو شرط فى وقفه سهاماً لموقوف عليهم وشرط مرتبات لغيرهم ولم يشترط معها مقدرات أخرى فإن هذه المرتبات تكون فى غلة السهم الباقى وما فضل منها يكون للفقراء ، و إذا كان قد وقف وقفه على ذوى المرتبات ثم فصل لكل مرتبه كان الباقى بعد المرتبات لهم على عدد الرؤس لا بنسبة المرتبات فإذا طلبوا القسمة قسمت الأعيان بينهم بنسبة مرتباتهم وما يفضل من غلة كل حصة عن مرتب صاحبها يوزع بينهم على عدد الرؤوس .

ومن هذا يتضح أنه إذا كان هناك استحقاق غير معين ، مقداراً كان أو باقياً ، وقسمت الأعيان كان إفراز الحصص إفرازاً غير تام يشوبه الشيوع ، ولكن هذا لا يمنع من أن يقال إن المستحق حصة مفرزة ، لأنها قد أفرزت له واختص بها وغاية الأمر أن عليها حقاً لغيره يأخذه من غلتها فى بعض الأحيان فأشبه العين يختص بها وعليها حق ارتفاق للشريك ، بخلاف ما إذا كان الإفراز غير تام لأن جماعة أفرز نصيبهم جملة فهنا لا يمكن أن يقال إن لكل منهم حصة مفرزة لأنه لم يختص بشىء أصلاً وكل ما يمكن أن يقال إن لهذه الجماعة حصة مفرزة . فإفراز النصيب غير التام نوعان : نوع لا يصح فيه أن يقال إن المستحق حصة مفرزة ، ونوع يقال فيه ذلك و إن شابه شىء من الشيوع .

طلب إفراز بعض الحصة

٤٨٨ — ومن المقرر أن من ملك الكل ملك البعض ، فكما يكون للمستحق أن يطلب إفراز حصته كلها ، يكون له أن يطلب إفراز بعضها على أن يبقى البعض الآخر شائعاً . و إفراز بعض الحصة قد يكون بإفراز حصته فى بعض الأعيان كاملة دون حصته فى البعض كما سيجىء فى محل القسمة ، وقد يكون بإفراز بعضها فى الكل مع بقاء بعضها شائعاً فى الكل كما إذا قسمت الأعيان وكان هناك استحقاق غير معين هو شريك فيــه ، وقد يكون بإفراز بعض حصته فى بعض الأعيان مع بقاء البعض الآخر من الحصة شائعاً كما إذا كانت قسمة كل الأعيان غير ميسورة لعدم إمكان تعديل الأنصباء فقسمت بعض الأعيان وأبقيت عين منها

مشتركة لتعديل الأنصباء بحيث يزيد فيها سهم من أخذ أقل من نصيبه فى الأعيان الأخرى بقدر هذا النقص وينقص فيها سهم من أخذ فى الأعيان الأخرى أكثر من نصيبه فيها بما يعادل هذه الزيادة . واتباع هذه الطريقة فيه تيسير كبير لإجراء القسمة ويغنى عن الالتجاء إلى إدخال نقود فى القسمة الأمر الذى عمد إليه البعض وأنف القانون والفقه راغم .

عدم النزاع فى الحصة

٤٨٩ — والحصة لا تسمى حصة المستحق إلا إذا كان استحقاقه الموازى لها ثابتاً له وليس فيه نزاع جدى ، فإذا كان فى بعض هذا الاستحقاق نزاع جدى لا يجاب إلى طلب القسمة حتى يفصل فى ذلك نهائياً من الجهة المختصة . وإذا طلب إفراز الحصة التى لا نزاع فيها أجيب لذلك ما لم يكن فى ذلك ضرر بين على شركائه بتجزئة استحقاقهم تجزئة ضارة أو على من يليه من الموقوف عليهم .

ب — قابلية الموقوف للقسمة

٤٩٠ — ما يقبل القسمة ، عيناً واحدة كان أو أكثر ، هو ما يجبر القاضى على قسمته إذا أباها الشريك ، وهو ما لا يكون فى قسمته ضرر . وفقهاء الشريعة الإسلامية متفقون على أن أحكام القسمة كلها تقوم على دفع الضرر (١) ،

(١) لتكون لديك صورة جلية عن هذه الاختلافات أروى لك موجزاً فى هذا الموضوع :
بينت فيما مضى مذهب الحنفية فيما يقبل القسمة وما لا يقبلها إذا كان محل القسمة واحداً (ص ١١٤ وما بعدها) أما إذا كان متعدداً وكان من جنس واحد وطلبت قسمة الجمع أجبر عليها ، وهى أن يجمع نصيب كل شريك فى عين على حدة . فعند اتحاد الجنس والمطلوب تقع القسمة وسيلة لما شرعت له وهو تكميل المنافع ودفع الضرر عن الشريك والتفاوت فى هذه الحال لا يتفاحش والتفاوت القليل ملحق بالعدم ، أما إذا اختلف الجنس فإنه لا يجبر عليها ويقسم كل جنس على حدة لتفاحش التفاوت فتقع إضراراً فلا يجبر عليها ، فالعروض من صنف واحد تقسم جبراً قسمة جمع ، والمكيلات والموزونات والمعدودات إذا اختلف جنسها يقسم كل على حدة ، والبقر والغنم يقسم كل على حدة ، ولا تقسم الأوانى لاختلافها بالصنعة ، ولا يقسم ثوبان مختلفان بين شريكين مناصفة جبراً لأنها لا تمكن إلا بإدخال الدراهم فهى معاوضة لا يجبر عليها ، وتقسم جبراً ثلاثة أثواب مختلفة القيمة بين شريكين مناصفة إذا جعل ثوب بثوبين أو جعل ثوب وربع ثوب بثوب =

فهى مشروعة لدفع ضرر الشركة ، وهى غير جائزة أو لا يجبر عليها إذا كان فيها ضرر يربو على ضرر الشركة ، ولكنهم مع هذا الاتفاق قد اختلفوا فى الأحكام

= وثلاثة أرباع ثوب ، أى لكل منهما ثوب والثالث مشترك على التفاوت لأنه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز لأنه تيسر عليه التميز فى بعض المشترك ولو تيسر ذلك فى الكل قسم عند طلب بعض الشركاء فكذلك فى البعض حيث لا توجد معاوضة . والدور أو الأقرحة المشتركة فى مصر واحد لا تقبل قسمة الجمع عند أبى حنيفة وترك صاحباه الأمر للقاضى يصنع مايراه الأصلح لهم ، وإن كانت فى مصرين لا تقبل قسمة الجمع أيضاً عند الإمام وعندهما على رواية هلال ، وروى عن محمد أنها تقبل قسمة الجمع ، والدار والضيعة يقسم كل منهما على حدة (البدائع ج ٧ / ٢١ وما بعدها ، العناية ج ٨ / ١٠ وما بعدها) .

وقال مالك إذا كان محل القسمة واحداً وكان لا ينقل ولا يحول وطلب أحد الشركاء القسمة قسم ولو لم يصر للواحد منهم إلا مالا منفعة فيه مثل قدر القدم ، وقال ابن القاسم لا يقسم إلا أن يصير لكل واحد فى حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخلة عليه فى الانتفاع قبل القسمة ولا عبرة بنقصان الثمن بالقسمة ، وقال ابن الماجشون يقسم إذا صار لكل واحد منهم ما ينتفع به وإن كانت منفعته ليست من جنس المنفعة قبل القسمة وأقل منها . وإن تعدد وكان متفقاً فى النوع كان قابلا لقسمة الجمع ، واختلف أصحابه فيما إذا كانت أفراد النوع مختلفة فى النفاق . وإن كان مختلف النوع كالدار والحائط والأرض لا يكون قابلا لقسمة الجمع ، وإذا كان محل القسمة من الحيوان والعروض وكان واحداً لم يكن قابلا للقسمة لما يترتب عليه من الضرر بإفساده . وإذا تعدد وكان من صنف واحد أجاز مالك وأصحابه قسمته قسمة جمع ولم يمنعها من المالكية سوى ابن أبى سلمة وابن الماجشون ، واختلف أصحاب مالك فى بيان الصنف الذى يجوز فيه الجمع ، وذهب ابن حبيب إلى أن الصنفين المتقاربين كالصنف فى القابلية للجمع . وذهب أشهب إلى الجمع فى الصنفين . ولا يقسم نصيب واحد لشريكين أجنبيين من الشركاء ولا لعاصب مع آخر إلا أن يكون معهم صاحب فرض ورضوا ، وإذا جمع العصبة برضاهم قسم بينهم وبين ذى الفرض أولا ثم إن شاءوا اقتسموا حصتهم وإن شاءوا بقوا على الشيوع وأصحاب كل سهم كالزوجات يجمعون فى القسم وإن لم يرضوا . (الخرشى ج ٥/ ٤٠١ وما بعدها — بداية المجتهد ج ٢/ ٢٢ وما بعدها) .

وقال الشافعية لا يجبر على قسمة الشيء الواحد إذا عظم الضرر فى قسمته ، وما لا يقبل هو ما لا يجبر على قسمته ، وهو الذى تبطل منفعته المقصودة ، أى لا يمكن أن ينتفع به من الوجه الذى كان ينتفع به قبل القسمة وإن أمكن الانتفاع به على وجه آخر . وما تبطل منفعته كلية بالقسمة لا يجيبهم القاضى إليها ويمنعهم منها ، وإن كانت تنقص لا يجيبهم إليها ولا يمنعهم منها . والدور لا تقبل قسمة الجمع تجاورت أو تباعدت لاختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنية فأشبهت الجنسين . والأقرحة المتفرقة لا تقبل قسمة الجمع والمتجاورة إن اتحد شربها وطريقها تكون كالقراح الواحد وإن تعددوا كانت كالمتفرقة . والدواب أو الأشجار أو الثياب إن كانت من نوع واحد تكون قابلة للقسمة إذا أمكنت التسوية عدداً وقيمة وإلا فلا ، فلا جبر على قسمة ثلاثة أثواب بين اثنين مناصفة وأحدها يساوى الآخرين قيمة لعدم التساوى =

والتفريعات اختلافاً واسع المدى تبعاً لاختلاف نظراتهم، فهم مختلفون فى الضرر المانع من القسمة، فنهم من رأى أن ضرر القسمة لا يعادل ضرر الشركة فأجازها وإن فاتت بها المنفعة، ومنهم من رأى أن فوات المنفعة أى منفعة هو الضرر الذى يمنع من القسمة، ومنهم من رأى أنه فوات المنفعة المقصودة، ومنهم من رأى أنه نقصان الثمن. وهم مختلفون فى نوع القسمة فمنهم من رأى أنه إذا لم تنتف بها الشركة كلية كانت غير جائزة وإن أمكن قسمة البعض ومنهم من رأى غير ذلك ومنهم من رأى أن فى قسمة الجمع ضرراً فمنعها مطلقاً، ومنهم من رأى أن الضرر فيها يكون عند اختلاف الجنس لا عند اتحاده، ومنهم من أوجبها وجعلها الأصل بحيث لا يعدل عنها إلا بالتراضى، إلى غير ذلك من أنواع الاختلاف الذى لا يقوم على اختلاف فى الأصل والأساس ولكنه يقوم على اختلاف فى تقدير الضرر والموازنة بين أنواعه.

= فى العدد، ولا جبر على قسمة لا ترتفع بها الشركة عن جميع الأعيان بل عن بعضها مع بقاء البعض الآخر مشتركا، ولا جبر على القسمة إذا اختلط الجيد بالردىء، ولا جبر على قسمة الأجناس كدابة وثوب وحنطة ولا على قسمة الأنواع إذا طلب أحدهما القسمة أجناساً أو أنواعاً ولا تكون القسمة على هذا الوجه إلا بالتراضى (الأنوار ج ١ / ٢٧٢، ج ٢ / ٥٠٣ وما بعدها).

وقال الحنابلة لا جبر على القسمة إذا كان فيها ضرر أو رد عوض. والضرر المانع من القسمة هو نقص قيمة الحصة بالقسمة، وروى عن أحمد أن الضرر هو عدم الانتفاع به مقسوماً المنفعة التى كانت قبل القسمة. وما اتحد جنسه من أعيان وبهائم وثياب وأوان ونحوها إذا أمكن تعديل قسمته بالقيمة من غير رد عوض أجبر عليها الممتنع وإلا فلا إجبار كاختلاف أجناسها. وله طلب قسمة الجمع إذا كان ذلك خيراً كما نقله أبو طالب عن أحمد أو إذا كان لو أخذ حقه فى كل موضع لم ينتفع به كما جاء فى الروضة (كشاف القناع ج ٤ / ٢١٩ وما بعدها، الفروع ج ٣ / ٨٤٦).

أما الإمام ابن حزم فقد قال إن كل شىء مشترك يكون قابلا للقسمة حاشا الرأس الواحدة من الحيوان والمصحف. وإذا كان المقسوم أشياء متفرقة فدعا أحد المقتسمين إلى إخراج نصيبه كله بالقرعة فى شخص من أشخاص المال أو فى نوع من أنواعه قضى له بذلك أحب شركاؤه أم كرهوا ولا يجوز أن يقسم كل نوع بين جميعهم ولا كل دار بين جميعهم ولا كل ضيعة بين جميعهم إلا باتفاق جميعهم على ذلك. ويقسم الرقيق والحيوان والمصاحف وغير ذلك فمن وقع فى سهمه عبد وبعض عبد آخر بقى شريكا فى الذى وقع حظه فيه (المحلى ج ٨ / ١٣٠ وما بعدها).

٤٩١ — وهذا القانون لم يأخذ بأحكام مذهب خاص ولا بقول فقيه معين فى كون الموقوف قابلاً للقسمة أو غير قابل لها ولا فى نوع الضرر الذى يمنع منها ولا فى نوع المنفعة التى يجب أن تبقى للأنصبة بعدها ولا فى قدرها ، ولكنه اعتمد على الأصل العام المتفق عليه ووكل الأمر فيه إلى المحكمة ، فإليها المرجع فى كون الموقوف غير قابل للقسمة أو قابلاً لها ، وهى التى تنظر فى كل حال على حدة وتقدر أمرها وتطبق ما يلائمه و يناسبه . وطريقته هذه أدنى إلى المصلحة وأقرب إلى تحقيقها فى الأعم الأغلب ، ثم هى طريقة تستند إلى الفقه وتستمد منه كيانها ، ولها نظائرها فى القسمة وفى غيرها ، ، ومتى وقفت على أقوال الفقهاء وتفصيلاتها عرفت أنه متى كان تقدير المحكمة سليماً فإنه لا بد أن يكون متفقاً مع قول من أقوال الفقهاء .

٤٩٢ — فإذا كان الموقوف مصنعاً كبيراً ، أو تجارة عظيمة ، وكانت له شهرة خاصة لها دخل كبير فى رواج المصنوعات أو الإقبال على الشراء ، وطلب المستحقون أو أحدهم قسمته ، فإنه لا يقسم و إن كان فى وسع كل منهم أن يتخذ من نصيبه مصنعاً أو متجراً و ينتفع به من جنس الانتفاع قبل القسمة ، لأن فى القسمة تفويتاً لقسم عظيم من نفع الموقوف ، وهو ما يأتى من طريق شهرة المصنع أو المتجر . ورضا طالب القسمة أو طالبيها بهذه النتيجة لا قيمة له فى قسمة الوقف بين مستحقيه ، لأنها تختلف فى هذا عن قسمة الأملاك الطلقة ، لأن فى الوقف حقاً للبطون التالية والموقوف عليهم الذين لم يثبت لهم استحقاق بعد ، ولهذا جعلت من حق المحكمة وحدها .

و إذا كان الموقوف حماماً صغيراً ، وطلبت قسمته ، وكان إذا قسم لم يصلح أى نصيب منه ليكون حماماً ، ولكن كان من الممكن أن يجعل كلٌ نصيبه حانوتاً أو نحوه وكان ربح ذلك أدر على مستحقه أو مثله فإنه يقسم و إن فات جنس المنفعة التى كانت مقصودة من الموقوف .

و إذا كان الموقوف عمارة عظيمة فى حى راق أو فى حى الأعمال الكبيرة وكان الإقبال على سكناها شديداً و إذا قسمت تغيرت حالها وصارت مسا كن

صغيرة لا يقبل عليها أهل هذا الحى فإنها لا تقسم لأن القسمة تؤدى إلى ضعف غلتها ضعفاً بيناً ولا يبيح القسمة أن كلاً من المقتسمين يتمكن من الانتفاع بنصيبه الانتفاع المقصود . وكذلك يكون الحال لو كان الموقوف داراً « فيللا » لها حديقتها وطرازها إذا قسمت كانت الأنصبة مساكن صغيرة حقيرة .

٤٩٣ — وإذا كان الموقوف أرضاً زراعية وتجارة ودوراً فى المصر ، وطلب المستحقون الزراع أن تجمع أنصبتهم فى الأرض والتجار أن تجمع أنصبتهم فى التجارة أجيبوا إلى ذلك إذ لا ضرر فيه على البطون المقبلة ما دامت القسمة عادلة وفى قسمة التفريق تفريق الأنصبة و إدخال الضرر على الزراع والتجار بإعطائهم أنصبة فيما لا يحسنون القيام عليه . وتتعين قسمة الجمع إذا كانت قسمة الأعيان كلها لا تمكن إلا بذلك كما لو كان الموقوف عمارة وأرضاً زراعية ولا يمكن تعديل الأنصبة إلا بالجمع . وتتعين قسمة التفريق إذا كان بعض الأعيان يحتاج إلى عناية ومقدرة لا يستطيعها من يجمع له نصيبه فيها أو كانت غير ثابتة القيمة ومعرضة للتقلبات المفاجئة الخطرة كأسهم الشركات المالية . وجملة القول أن المحكمة تنظر إلى كل حال على حدة فإن تعينت قسمة الجمع سلكتها و إن تعينت قسمة التفريق سلكتها ، وإن لم تتعين إحداهما وكانت أفضل من الأخرى فضلتها ، ولا يلتفت إلى اتحاد الجنس واختلافه وتفاوت المطلوب وعدم تفاوته ما دامت هناك مصلحة تربو عليه . و إذا كانتا متساويتين فضلت قسمت التفريق لأن تحقق التعادل فيها أقوى من الأخرى .

٤٩٥ — وإذا تعددت الأعيان وكان من بينها ما لا يمكن قسمته وفى اختصاص بعض المقتسمين به ضرر على الأقسام الأخرى لأنه يؤدى إلى حرمانها من المرافق مثلا بقى شائعاً وقسمت بقية الأعيان وذلك كالطريق والمروى وآلات الرى والمبانى التى يسكنها الزراع وتخزن فيها الحاصلات .

وكذلك يبقى شائعاً ما لا تمكن قسمته وحده ولا مع بقية الأعيان كأرض زراعية ودار فى مدينة ، وكانت الدار لا تمكن قسمتها وحدها و إذا دخلت

فى القسمة مع الأرض لم يمكن تعديل الأنصبة ، فإن الدار تبقى شائعة وتقسم الأرض . وكذلك تبقى عين شائعة ويقسم ما عداها إذا احتيج إليها فى تعديل الأنصبة وتيسير القسمة . فإذا كان اثنان يستحقان ريع الوقف مناصفة ، وكانت الأعيان داراً قيمتها ستة آلاف وأخرى قيمتها خمسة آلاف وثالثة قيمتها ثلاثة آلاف أعطى أحدهما الدار الأولى والآخر الثانية ، و بقيت الثالثة شائعة بينهما للأول ثلثها وللثانى ثلثاها .

و إذا كان الموقوف عمارة لا تمكن قسمتها أرضاً و بناء ، وكان من الممكن أن يقسم البناء طبقات أو بيوتاً (شققاً) قسمت هذه المبانى و بقيت أرض العمارة شائعة ، ولا ضير فى هذا فهو أمر واقع فى الأوقاف وفى الأملاك الطلقة وله حكمه فى الفقه وفى القوانين الوضعية .

إن القسمة من أعظم أبواب الإصلاح التى جاء بها هذا القانون ومن أقوى دعائمها فمن الواجب أن يسلك كل طريق فيها تيسير لها و إن لم يكن فيها قضاء على الشيوع بأكمله ، ولكن على شريطة ألا يكون فى ذلك خروج على الفقه والقانون كإدخال نقود فى القسمة من أموال المقتسمين .

٤٩٦ — وقد كان من الممكن أن يستغنى عن هذا الشرط بالشرط الآتى فإن عدم القابلية للقسمة لا معنى له إلا أن يكون فى القسمة ضرر بين حتى لا يجبر عليها . غير أن الشارع أراد الإيضاح والتفصيل فذكر أولا ما يرجع إلى الضرر الذى يأتى من جهة الأعيان وما يتعلق بها ثم ذكر بعد هذا ما هو أعم وأشمل .

حـ — ألا يكون فى القسمة ضرر بين

٤٩٧ — والضرر البين هو الذى لم تجر عادة الناس بتحمله والتسامح فيه وقد صرح الشارع فى المذكرة التفسيرية بأنه ترك تقديره للمحكمة كما ترك لها أمر القابلية للقسمة . وقد أطلق الضرر عن كل قيد ليشمل الضرر الذى يرجع إلى فوات المنفعة أو عدم تعادلها بالقسمة والذى يرجع إلى غير ذلك ، وليشمل الضرر الذى يعود إلى جميع المستحقين أو بعضهم ، أو إلى غيرهم من الموقوف عليهم ،

أو إلى الأعيان الموقوفة ، والنوع الأول من الضرر أوردنا بعض أمثلته فى الشرط السابق وسأورد هنا بعض أمثلة للنوع الثانى .

٤٩٨ — فمن الضرر البين الغبن الفاحش يلحق أحد الأنصبة ، فإذا اشتملت القسمة على شىء من ذلك لم تجز وإن رضى به صاحب النصيب الذى لحقه الغبن ، لأن رضاه بهذا الضرر لا يعدو أن يكون تنازلا عن جزء من الاستحقاق وهو أمر باطل ، ثم إن هذا الضرر ليس قاصراً عليه بل يتعدى إلى من يستحقون هذه الحصة بعده . أما إذا كان الغبن يسيراً فهو وعدمه سواء لأن التعادل التام حقيقة غير ممكن (١) .

٤٩٩ — ولو وقف على أولاده وذريته أو على غيرهم وذريتهم وكان الاستحقاق فيه مشتركا بين جميع البطون لم يقسم هذا الوقف بين مستحقيه فى أى وقت من الأوقات لأن فى القسمة ضرراً بيناً على المستحقين الذين يطلبون القسمة وعلى من يوجد بعد ذلك ولا يلبث هذا الوقف أن يئول أمره إلى تمزيق وشيوع بغيض أشد ضرراً من شيوع الكل . فلو أنا أجزنا قسمة هذا الوقف لكانت لازمة ، وإذا مات مستحق بقيت حصته مفرزة واشترك فيها بقية المقتسمين ومن يوجد بعد القسمة من المستحقين ، وإذا وجد مستحق بعد القسمة ثبت له نصيب فى كل حصة مفرزة ، ثم إذا طلبت قسمة كل حصة فإنها تقسم ، وهكذا دواليك كلما مات مستحق أو حدث آخر ، وفى ذلك أكبر الضرر ، فكانت قسمة هذا الوقف غير جائزة .

وكذلك يكون الحكم لو أنه وقف على من يقيم فى بلد معين من قرابته وذريتهم بطناً بعد بطن ، فليس لمستحق فى هذا الوقف أن يطلب إفراز حصته وإن كان استحقاقه أهلياً ، لأن الاستحقاق منوط بوصف يزول ويعود ،

---

(١) من الغبن اليسير أن أحد الخبراء قسم أرضاً موقوفة إلى ثلاثة أقسام تزيد قيمة كل قسم منها على خمسة آلاف من الجنيهات على أن يدفع القسم الأول للقسم الثالث جنيهاً واحداً ونصف جنيه وأن يدفع القسم الثانى للثالث أيضاً خمسمائة مليم . فانظر إلى هذه الدقة الورعة منقطعة النظير .

وقد يترك هذه الإقامة فلا يكون له استحقاق وقد يأتي للإقامة من لم يكن مقيما فيثبت له الاستحقاق ، إذ الإقامة فى هذا الوقف لم تذكر على أنها شرط مقيد لحرية المستحق و إنما ذكرت لتعيين الموقوف عليهم ، فيكون فى قسمة هذا الوقف من الضرر البين ما فى قسمة الوقف المشترك .

وقد عرفت من قبل أن الحصة الخيرية والوقف الخيرى لا يقسم واحد منهما بين مستحقيه ، لأن الاستحقاق الخيرى فى الأعم الأغلب منوط بصفات تزول وتعود ، فامتنعت القسمة لهذا المعنى ولغيره مما سبق بيانه .

٥٠٠ — ولو أنه وقف واشترط أن يصرف من غلة وقفه مقدار معين لإنسان بعينه فى نهاية السنة الأولى بعد موته ، فليس لهذا الإنسان أن يطالب عقب موت الواقف إفراز حصة له حتى يستولى على استحقاقه بحجة أنه مستحق واستحقاقه أهلى وليس مرتباً ، لأن فى ذلك ضرراً على المستحقين بالاشتغال بالقسمة مراعاة لحق وقتى لا يلبث أن ينتهى . و إذا طلب المستحقون القسمة عقب موت الواقف أجيبوا ولكن لا تفرز له حصته لما فى ذلك من الضرر عليهم إذ القسمة لازمة و بعد انتهاء الحق الوقتى تصير الحصة مشتركة بينهم ، على أن عدم جواز القسمة لمثل هذا المستحق أولى من عدم جوازها لصاحب المرتب غير الدائم .

٥٠١ — ولو وقف وجعل سهماً من الريع يصرف فى شراء أعيان تلحق بوقفه ويكون حكمها كحكمه وشرطها كشرطه ، أو كان قد اشترط احتجاز مقدار معين كل سنة ليصرف فى هذا السبيل ، لا تفرز حصة لهذا الاستحقاق و إن كان سهماً أو مرتباً دائماً لما فى ذلك من الضرر على المستحقين ومن يلونهم فى استحقاق أنصبتهم بإرغامهم على البقاء فى الشركة وعلى أن يعمل لهم غيرهم ويمنعهم من أن يعملوا لأنفسهم مع إمكان ذلك فى أمر هو كاستحقاقهم الفعلى سواء بسواء ، حقاً إن هذا الريع عند ظهوره ليس حقاً لهم ، ولكنه سيشترى به ما يكون موقوفاً ولهم فيه استحقاقهم فلا فرق بينه و بين استحقاقهم الأصلى ، ثم إنه ليس ثم ما يدعو إلى تحميلهم طلب القسمة كلما اشتريت عين من الأعيان وضرر تفرق

الأنصبة ، فدفعاً لضرر الشركة فيما يشترى أو تفريق الأنصبة فيه بينهم وبين ما يحتجز من ريعه أيضاً ، ودفعاً لضرر منعهم من أن يعملوا لأنفسهم فى الحصة التى أفرزت ، يجب ألا يقسم لهذا الاستحقاق وأن يقسم الوقف بين المستحقين ويحتجز أهل كل حصة من ريعها ما يناسبها لهذا المصرف ليشترى به ما يكون ملحقاً بها وحدها .

٥٠٢ — وإذا وقف على أولاده وذريته وقفاً مرتب الطبقات ترتيباً أفرادياً وجعله لأولاد الظهور منهم دون أولاد البطون فليس للأنثى من المستحقات أن تطلب القسمة لأن فى إفراز حصة لها ضرراً بيناً عليهم إذ القسمة لازمة وبعد موتها تصير حصتها شائعة بينهم فإن بقيت شائعة لهم كان ضرر الشركة فيها مع تفرق الأنصبة وإن قسمت لحقهم ضرر التجزئة الصغيرة فيه مع تفرق الأنصبة ، هذا إذا طلب القسمة المستحقون من الذكور أو بعضهم أما إذا لم يطلبوا فإنها تجاب إلى ذلك ، إذ من الجائز أن يستمروا على الشيوع حتى تموت ويعود الاستحقاق إليهم فتنتهى بذلك القسمة لها ومن الجائز أن يطلبوا فى حياتها فيكون الضرر إذ ذاك محتملاً ، والضرر المحتمل لا يعتبر ضرراً بيناً ، وكذلك يكون الحال لو أن هذا الوقف كان على جميع الأولاد والذرية وطلب القسمة مستحق لا ولد له ووقع اليأس من أن يكون له ولد . والفرق واضح بين مَنْ لاَ أستحقاق لولده أو من لا يرجى له ولد ، وبين من لا ولد له ولا يدرى أيكون أو لا يكون فإن هذا يقسم له ، وإذا مات ولا ولد له ووقع الضرر فلاحيلة ، وليس فى الوسع منعه من المطالبة بالقسمة لدفع ضرر متعين لاحتمال أن يكون فيها ضرر على الآخرين إذا مات عقيماً .

أما إذا كان الوقف مرتب الطبقات ترتيباً جملياً بنص من الواقف فإنه يقسم لمن أراد من المستحقين ، إذ لا ضرر فى ذلك على أحد فبانتهاء الطبقة العليا ينتهى الاستحقاق الذى وقعت القسمة على أساسه ويثبت لأهل الطبقة التالية استحقاق جديد وأنصبة جديدة وبذلك تنتهى القسمة وينتقل الوقف إلى هذه الطبقة شائعاً .

٥٠٣ — وليس من الضرر المانع من القسمة أن تكون أعيان الوقف كلها مرهونة . واحتمال أن يقصر أهل حصة فى أداء ما يخصهم من الدين الأمر الذى يعود ضرره على الآخرين ، إما بدفع ما قصروا فيه صيانة لحصتهم ، أو بضياع حصتهم إن لم يكن فى قدرتهم ذلك ، لا يؤبه له لأنه ضرر محتمل ويمكن أن يتقى بمختلف الوسائل ومن المفروض أن كل صاحب حصة حريص عليها حرص الآخرين ، ومتى كان الضرر محتملاً لا يكون ضرراً بيناً مانعاً من القسمة ، وإذا كان طالب القسمة فى هذه الحال من الأشخاص المماطلين المرتبكين مالياً وكانت خشية الضرر منه قوية لسوء تصرفه وعدم مبالاته لم يمنع ذلك أيضاً ، لأن هذا الضرر من الممكن تلافيـــه ، بإقامة ناظر غيره على هذه الحصة ، لأنه مادامت هذه حاله لا يكون أهلاً للنظر وإن لم يكن محجوراً عليه . هذا إذا لم يجزأ الضمان أما إذا جزىء فإن جواز القسمة يكون أولى .

٥٠٤ — وليس من الضرر أن يكون فى القسمة حق ارتفاق للغير على بعض الحصص ، أو أن يكون لبعض الحصص حق الارتفـاق على البعض الآخر ، ما دامت الحصص متعادلة فى القيمة وقد روعى فى التقويم نقص قيمة الأعيان التى تقرر عليها هذا الحق . ومجرد تقرر الحق ليس ضرراً بيناً مانعاً من القسمة ، وهو أشبه شىء بقسمة الوقف بين مستحقيه إذا كان فيه خيرات ومرتبات معينة ، فإن هذا لا يمنع من القسمة ويكون فى ريع كل حصة حق مقرر تؤديه لمستحقيه .

ثالثاً — محل القسمة

٥٠٥ — جعل الشارع لكل من المستحقين أن يطلب فرز حصته فى الوقف متى كان قابلاً للقسمة . والوقف فى كلامه بمعنى الموقوف ، لأنه هو الذى تفرز منه الحصص وهو الذى يقال إنه يقبل القسمة أو لا يقبلها . فمحل القسمة هو الموقوف ، ويستوى أن يكون عيناً واحدة أو أكثر ، وأن يكون من النقود أو المثليات أو القيميات . وإذا كان عيناً واحدة فسواء أن تكون متشابهة الأجزاء كالأرض لا بناء فيها ولا شجر وتربة أجزائها متساوية ، وأن تكون غير متشابهة كالأرض

الواحدة يكون بعض أجزائها أجود تربة من البعض الآخر أو يكون فى بعضها شجر أو عليه بناء دون البعض الآخر . وإذا كان أعياناً متعددة فسيان أن يتحد جنسها وأن يختلف ، وأن يتفق نوعها وأن يفترق ، وأن تتقارب أمكنتها وأن تتباعد ، وأن تتساوى أصقاعها وأن تتفاوت . فكل هذا مما يتناوله لفظ الوقف بمعنى الموقوف كما يتناول ماله ريع وما لا ريع له ، والعامر والمتخرب ، والجيد والردىء ، وما ليس عليه حق لأحد وما عليه حقوق للغير .

٥٠٦ — ومتى كانت العين موقوفة استوى أن يكون الوقف قد ورد عليها من الواقف أو بمقتضى شرطه الصريح أو شرطه المعروف . فالعين تشترى بما احتجز من الريع لتكون وقفاً طبقاً لشرط الواقف ، وما يزيده الناظر عمارة للموقوف بمقتضى شرط الواقف ، وما يحدثه الناظر فى الأرض الموقوفة بريع الوقف من بناء دور للأكرة وأماكن لحفظ الغلة وآلات ثابتة لريها وكل ما تحتاج إليه ويصدق عليه أنه نوع من عمارتها كبناء دور فى أرض الوقف القريبة من المصر ، سواء شرط الواقف ذلك صراحة أو لم يشرطه ، تكون كلها أعياناً موقوفة ، ويكون للمستحق أن يطلب فرز نصيبه فيها مع بقية أعيان الوقف .

والمال إذا لم يكن موقوفاً فعلاً حين طلب القسمة ولكن مصيره المتعين هو أن يكون موقوفاً كان بمثابة الموقوف وأعطى حكمه واعتبر من أعيان الوقف وأدخل معها فى القسمة . فلو اشترط أن يحتجز من الريع كل سنة كذا يشترى بما يجتمع منه عين تكون وقفاً ملحقاً بوقفه ، واجتمع من ذلك مقدار وطلبت القسمة قبل أن يشترى به الموقوف ، فهو حتى ذلك الحين لا يزال جزءاً من الريع وليس موقوفاً فعلاً لأن شرط الواقف لا يفيد وقفه هو بل وقف ما يشترى به وليس مال بدل بداهة ، ولكنه مال مصيره إلى الوقف حتماً فيكون كالموقوف حكماً . ولو أنا اعتبرناه عيناً موقوفة لكان هذا متمشياً مع روح هذا القانون .

أما إذا لم يكن المال موقوفاً ولا فى حكم الموقوف فإنه لا يعتبر من أعيان الوقف ولا يدخل معها فى القسمة ، اعتبر غلة أو أعتبر تابعاً لجهة الوقف وذلك

كالمستغل يشترى بفاضل الريع فإن الصحيح أنه ليس موقوفاً وإن كان تابعاً للوقف ، وكالماشية وآلات الحرث وغيرها يشتريها الناظر من الريع إذا رأى أن فى زرع أرض الوقف خيراً لأهله فهى أعيان لم يرد عليها وقف أصلاً ولا يمكن أن تدخل فى عمارة الموقوف التى تعتبر مشروطة من الواقف وإن لم يصرح باشتراطها فهى ليست من الأعيان الموقوفة وإن كانت من مال الوقف وتابعة له ، وكالشجر الموقوف يجف ويقلع ويصير خشباً فإنه إذ ذاك يخرج عن الوقف ويعتبر غلة ، وكنتاج الأبقار توقف للبن والإنتاج فإنه يكون غلة لا موقوفاً .

٥٠٧ — وقد اختار الشارع التعبير بكلمة « الوقف » مع ذكر المستحقين قبل ذلك للإشعار بأن حق طالب القسمة إنما هو طلب إفراز حصته الشائعة فى أعيان موقوفة شائعة تجمعها وحدة الشركاء ووحدة الوقف مصرفاً لا فى أعيان موقوفة لا تجمعها هذه الوحدة فمعنى عبارته أن لأحد المستحقين فى أعيان موقوفة شائعة أن يطلب إفراز حصته فيها . فإذا كان مستحقاً مع جماعة فى أعيان ومع آخرين فى أعيان أخرى كان له أن يطلب إفراز حصته فى كل على حدة وليس له أن يطلب إفرازها من مجموع الأعيان لاختلاف الشركاء ، وإذا وقف أعياناً على أولاده وذريته فى عقدة واحدة ، فضل بينهم فى الاستحقاق أو لم يفضل ، كان لكل مستحق أن يطلب إفراز حصته فى هذه الأعيان جميعها ، لأنه يستحق فيها كلها على الشيوع والشركاء مساوون له فى ذلك ، وتفاوت الأنصبة على فرض وجوده لا أثر له . وكذلك يكون الحكم لو وقف هذه الأعيان فى عقدة واحدة وجعل نصف غلتها لأولاده وذريته وثلثها لأولاد إخوته وذريتهم وسدسها لأتباعه وذريته ، أو وقف أرضاً له فى عقدة واحدة على هؤلاء وجعل للفريق الأول نصف الأرض شائعاً وللفريق الثانى ثلثها شائعاً وللثالث سدسها شائعاً . وكذلك يكون الحكم لو أنه وقف أعياناً على موقوف عليهم ثم وقف أعياناً أخرى وألحقها بوقفه الأول وجعل حكمها كحكمه وشرطها كشرطه ، أو كان قد وقف أوقافاً متعددة على مصارف مختلفة ثم غير فيها وجمع أعيانها وجعلها موقوفة على الشيوع

بين المصارف التى أوردها فى كتاب التغيير . ويكون الحكم كذلك أيضاً لو أن واقفاً وقف وقفه على مصارف بينها ثم وقف آخر أعياناً أخرى على المصارف نفسها أو ألحقها بوقف الأول ، أو كان كل منهما وقف على مصارف غير التى وقف عليها الآخر ولكن شرط كل منهما فى وقفه لرجل بعينه التغيير فى وقفه فغير هذا الرجل فى الوقفين جميعاً بإشهاد واحد وجعل أعيانهما موقوفة على الشيوع على مصارف بينها . ولا أثر فى الحكم لتعدد العقد ولا لتعدد الواقفين ما دامت الأوقاف تعتبر بمثابة وقف واحد على وجه تتحقق به وحدة الوقف والشركاء . وكما لا يضر هذا لا يضر اختلاف مصارف الوقفين فى أول الأمر إذا كان أمرها قد آل إلى هذه الوحدة حين القسمة . وإذا تحققت هذه الوحدة لا يضر أيضاً أن يكون بعض أعيان أحد الوقف الوقفين مرهوناً أو عليه حقوق للغير والأعيان الأخرى ليست كذلك ، أو أن يكون أحد الوقفين مؤقتاً والآخر مؤبداً ، إذ لا أثر لشىء من هذا إلا فى القيمة ، والمفروض أنه ستراعى القيم وتعديل الأنصباء حين القسمة .

٥٠٨ — أما لو وقف أعياناً فى عقدة وجعل حصة منها مفرزة موقوفة على أولاده الذكور وذريتهم وباقيها موقوفاً على أولاده الإناث وذريتهم كانت حصة كل فريق منهما وقفاً مستقلاً وإن اتحدت العقدة والواقف لعدم وحدة الشركاء ووحدة الوقف مصرفاً ، فإذا كان من مستحقى هذا الوقف من هو من ذرية الذكور ومن ذرية الإناث معاً لم يكن له الحق فى طلب إفراز حصته فى أعيان الحصتين ولكن له أن يطلب إفراز حصته فى كل منهما على حدة . وكذلك يكون الحكم لو كان زوجان يملكان أعياناً على الشيوع فوقفاها فى عقدة واحدة ووقف كل منهما ما يملكه على نفسه ثم على أولاده وذريته وكان لكل منهما أولاد وذرية من الآخر ومن غيره لم يكن للمستحق من ذريتهما أن يطلب إفراز حصته فى الوقفين ، وإن كانت الأعيان الموقوفة كلها شائعة وعقدة الوقف واحدة ، لأنهما وقفان مستقلان ولا يعتبران وقفاً واحداً لعدم وحدة الشركاء ووحدة الوقف مصرفاً ، ولا يستطيع أيضاً أن يطلب إفراز حصة له من كل منهما ما دامت أعيان الوقفين

على الشيوع ، وإنما يكون له بعد أن يقتسم الوقفان أن يطلب إفراز حصة له فيما اختص به كل منها . وكذلك يكون الحكم لو أنه وقف أعياناً له على أولاده وذريته ثم على طلبة العلم بالمعاهد الدينية ثم على الفقراء ، ثم وقف أعياناً أخرى على أولاده ثم على علاج المرضى بالمستشفيات ثم على الفقراء ، فليس للمستحق من ذريته أن يطلب إفراز حصة واحدة له فى أعيان الوقفين لأنهما وقفان مستقلان ، وهما إن اتحد الشركاء فى الاستحقاق فيهما حين القسمة ، ليسا متحدين مصرفاً وفى جمع حصة واحدة له من أعيانهما إشاعة لأعيان وقفين فى بعضها وفى الشيوع على هذا النحو ضرر بين على مصارف كل منهما بعد الذرية .

٥٠٩ — وكلام القانون يدل بعبارته على أن لأحد المستحقين فى أعيان موقوفة شائعة أن يطلب إفراز حصته فيها كلها ، وهو يفيد بدلالة النص أن له الحق فى طلب إفراز حصته من بعضها ، فإن من ملك البعض ملك الكل ، وهذه قاعدة مقررة فقهاً . فله الحق فى ذلك ، ما دام شرط القسمة متحققاً ، وإن كانت بقية الأعيان التى لم يطلب الإفراز فيها قابلة للقسمة ، أما إذا لم يتوافر الشرط وكان هذا يؤدى إلى ضرر بين بشركائه فإنه لا يملكه لوجود المانع من القسمة .

٥١٠ — ولأحد المستحقين أن يطلب إفراز حصته فى الأعيان الموقوفة الشائعة وحدها لا فيها وفى غيرها . فلو كان للوقف أعيان موقوفة وأخرى لا تعتبر موقوفة ولا فى حكمها وهى تابعة له كالمستغل والماشية والآلات التى اشتريت للزراعة ، أو لم تكن تابعة له وكانت من الغلة ، فليس له أن يطلب حصة له فيها جميعها وإن اتحد جنسها ، ولكن له أن يطلب قسمة كل منها وإفراز حصته فيه على حدة .

وإذا كانت أعيان الوقف الذى يستحق فيه شائعة مع أعيان وقف آخر أو مع أعيان مملوكة لم يكن له أن يطالب إفراز حصته فى الوقف من هذه الأعيان المشتركة قبل أن تقسم بين الوقفين أو بين الوقف والمالك ، لأن الحق الثابت له هو طلب إفراز حصته الشائعة فى الأعيان الموقوفة لا فيها وفى غيرها . فإذا وقعت هذه القسمة كان له أن يطلب إفراز حصته فيما اختص به الوقف الذى يستحق فيه .

ولكن هل لهذا المستحق أن يطلب القسمة الأولى إذا لم يكن ناظراً على الوقف ولا المالك ولا أحد المالكين للحصة الشائعة المملوكة ؟ . قالوا إن الذى يتولى القسمة عن الوقف هو الواقف أو الناظر أو معتمد القاضى إذا كان الواقف أو الناظر لا يملك المقاسمة لمانع ، وقالوا إن تدبير أمور الوقف يكون لمتوليه لا للمستحقين ، وقالوا إن الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة ، ومقتضى هذه الأحكام أن المستحق فى وقف لا يملك طلب القسمة بينه وبين ملك أو وقف آخر . ولكنهم قرروا بجوار هذا ما يفيد أن الناظر لو امتنع عن تصرف يملكه بدون حق كالتأجير تولاه القاضى لامتناع صاحب الولاية الخاصة ، كما قرروا أيضاً أن من كان حقه متوقفاً على أمر لا يتوصل إليه إلا به كان له أن يطلبه للوصول إلى حقه و إن لم يكن يملك طلبه استقلالا . فإذا امتنع ناظر الوقف من طلب القسمة عنتاً كان للمستحق أن يطلب من القاضى إجراء هذه القسمة ليصل إلى حقه . وعندى أن مأخذ هذا الحكم سليم من ناحية صفة المستحق وخاصة بعد اعتباره مالكا للموقوف عليه ملكا ناقصاً فهو شريك له طلب القسمة كأحد الشركاء المالكين لما هو شائع مع الوقف فإن له طلب القسمة . لكن يبقى أمر آخر وهو النزاع فى أى المحاكم لها الاختصاص بقسمة الشائع بين الملك والوقف ، والشائع بين وقفين ، فالمحاكم الوطنية ترى أنها هى وحدها صاحبة الاختصاص ، وأكثر رجال المحاكم الشرعية لا يسلمون بذلك و يعتمدون على نصوصهم العامة . فإذا قلنا بعدم اختصاص المحاكم الشرعية وجب الالتجاء فى القسمة الأولى إلى المحاكم الوطنية و إذا قلنا باختصاصها نظرت فى طلب المستحق من الناحيتين .

ومن قسمة أعيان الوقف وغيرها إدخال نقود فى القسمة .

ادخال نقود فى قسمة الوقف

٥١١ — من المتفق عليه بين الفقهاء أن الأصل هو أن الدراهم والدنانير لا تدخل فى القسمة الجبرية وأنها لا تدخل إلا بالتراضى لأنه لا شركة فى النقود والقسمة من حقوق الاشتراك ، ولأن التعديل فى القسمة يفوت بادخالها

لأن أحدهما يصل إلى عين العقار والآخر قد لا تسلم له النقود ، وأكثرهم جرى على طرد هذا الحكم ، ومنهم من أجاز إدخالها عند الضرورة . ومن أجاز منهم قسمة الوقف بين المستحقين نص على أن هذه القسمة لا تدخلها الدراهم والدنانير لا جبراً ولا تراضياً .

وقسمة الموقوف من أرض أو عقار أو منقول قد يمكن إجراؤها من غير حاجة إلى إدخال النقود وقد يحتاج الأمر إلى إدخالها لتعديل الأنصبة . فإذا كانت موقوفة ابتداء ، أو كانت مال بدل فهي أعيان موقوفة . ولو كانت في حكم الأعيان الموقوفة جاز إدخالها في القسمة كما سبق . وإن كانت من مال أحد المقتسمين وكانت قدراً تافهاً لا يؤبه له فلا حاجة إلى إدخالها إذ التفاوت اليسير الذى لا يعتد به بين الناس لا يعتبر تفاوتاً ولا ينافى التعادل ، والتعادل الحقيقى من أشد الأمور عسراً .

٥١٢ — وإذا كانت التفاوت بين الأنصبة غير يسير لا يتحقق معه التعادل الممكن، ورضى من يأخذ النصيب الأكبر قيمة بدفع النقود التى تقابل ما زاد فى نصيبه على أن يكون ما يساوى هذه النقود من الأعيان التى اختص بها ملكا خالصاً له ليس موقوفاً ويبقى شائعاً مع نصيبه الموقوف ،كان هذا جائزاً ولا كلام ، لأن هذا يكون استبدالا لبعض الأعيان الموقوفة ، فتكون مملوكة ملكا حراً لمشتريها ويكون ثمنها مال بدل وموقوفاً مكانها ، ولا ريب فى أن تيسير القسمة من أهم المصالح التى تبيح استبدال الوقف ، ولا فى أن محكمة التصرفات كما تملك الاستبدال مستقلاً تملكه ضمن القسمة ، ويكون الثمن فى هذه الحال مال بدل يتم به تعديل القسم الأقل قيمة . وإذا أراد صاحب النصيب الأكبر قيمة أن يجعل الزيادة التى صارت ملكا خالصاً له موقوفة وجب أن يكون ذلك من طريق وقف مبتدأ تطبق عليه أحكام هذا القانون فى التوثيق ، وفى التأبيد والتأقيت ، وفى الاستحقاق الواجب ، وغير ذلك . فإن قال قائل لا حاجة لكل هذا فإن من الممكن أن أعتبر دافع النقود متبرعاً بها لجهة الوقف فتكون من أعيانه . قلت له لا وجه لهذا الاعتبار وهو لم يدفعها إلا فى مقابل معروف ، وعلى فرض

أننا اعتبرناه متبرعاً بها لجهة الوقف قبل تمام القسمة لم تكن من أعيان الوقف المقسوم ولا موقوفة أصلاً ولا مملوكة لجهة الوقف ، على أنا لو اعتبرناها مملوكة لجهة الوقف وغير موقوفة لا تدخل القسمة وفرق كبير بين الموقوف و بين المملوك لجهة الوقف ولا نعرف أن أحداً من الفقهاء قال إن من تبرع لجهة الوقف بمال أو عين قائمة بذاتها منفصلة عن أعيانه تكون مملوكة للوقف أو موقوفة فضلاً عن أن تكون موقوفة من الواقف الأول ومن أعيان وقفه حكمها كحكمه وشرطها كشرطه ، و إذا قدرنا المستحيل وقلنا إنها موقوفة فإنها تكون موقوفة من المتبرع و يجب أن يخضع وقفه لها لأحكام هذا القانون التى سبق ذكرها وذلك ما لم يكن . و إذا لم تكن موقوفة ، واعتبرت مملوكة لجهة الوقف، لا يمكن أن تدخل فى تعديل الأنصبة فى قسمة الأعيان الموقوفة لأنها ليست منها . و إن لم تكن موقوفة ولا مملوكة لجهة الوقف وهو الواقع فأمرها فى غاية الوضوح ، والحق أنه لا تبرع وأنها فى مقابلة الاستحقاق .

٥١٣ — و إذا رضى من يريد أخذ النصيب الأكبر قيمة بدفع هذه النقود على أن يبقى كل هذا النصيب موقوفاً وأن يعتبر موقوفاً من نفس الواقف تجرى عليه أحكام هذا الوقف وشروطه وقبل ذلك الآخرون ، لم يجز ذلك أصلاً ، لأن هذه النقود لا يمكن أن تعتبر مال بدل لأن أعيان الوقف جميعها باقية على الوقف لم يخرج شىء منها عنه ، وليست النقود إلا عوضاً عن الاستحقاق الذى فات على صاحب النصيب الأقل واستولى عليه صاحب النصيب الأكبر، فكان هذا هو التنازل عن الاستحقاق فى بعض الأعيان نظير عوض ، والتنازل عن الاستحقاق باطل بنص المادة ٢٠ ، كان بعوض أو لم يكن . وإذا لم يقبل الآخرون كان هذا أدخل فى البطلان ، لأن بعض الفقهاء قد أجازوا للقاضى استبدال أعيان الوقف للمصلحة ، ولكن أحداً منهم لم يعطه الحق فى بيع الاستحقاق جبراً على المستحق لمصلحة أو لغير مصلحة ، وكيف نقول نحن اليوم بالجبر على ذلك ، وهو أمر لو تراضى عليه المستحقون لكان باطلاً بحكم هذا القانون . ثم يبقى بعد ذلك مصير هذه النقود ، ثمن الاستحقاق المبيع بالرضا

أو الجبر ، فهى ليست مال بدل قطعاً لما ذكرت ، فلو أجزنا ذلك لكانت مملوكة للمستحق صاحب النصيب الأقل فله أن يصنع بها ما يشاء ويضيع الحق على من بعده من الموقوف عليهم ، وإن جعلناها ملكا لجميع الموقوف عليهم ، من استحق ومن لم يستحق ومن خلق ومن لم يخلق ، فماذا يصنع بها الآن وكيف تقسم وكيف تكون غلتها وكيف تثبت ملكا خالصاً لمن لم يخلق ؟ إن هذه المعانى وتلك النتائج تنادى بأندى صوت قائلة إن إدخال النقود فى قسمة الوقف على هذا الوضع لا يجوز أصلاً .

٥١٤ — وإذا لم يرض المقتسمون أو من يصيبه النصيب الأكبر بدفع النقود كان عدم الجواز أوضح وأنصع ، فإن هذا القانون قد شرع قسمة أعيان الوقف قسمة جبرية إذا كانت قسمة إفراز لا قسمة مبادلة كما أسلفت ، والقسمة إذا كانت فيها نقود كانت قسمة مبادلة لا قسمة إفراز فليست من القسمة التى أباحها القانون ، ولأن من أخذ عنهم القانون قسمة الوقف من الفقهاء قد اشترطوا ألا يكون فيها رد عوض كما ستعرف ، ولأن القاضى لا يملك أن يجبر أحداً على أن يشترى بعض أعيان الوقف أو على أن يبيع أو يشترى بعض الاستحقاق فى أعيانه ، وكيف يجبره على أمر لا يريده ويرغمه على ما لا يرى فيه خيراً ، فقد لا يستطيع القيام بأداء هذه النقود ولا يريد التحمل بالدين ، وقد يستطيع أداءها ولكنه يرى أن وضعها فى هذا السبيل ضار به وليس فى مصلحته ، وبخاصة إذا لم تكن له ذرية أو كانت له ذرية غير مستحقة فى الوقف . وبعد فإن طبيعة الوقف غير طبيعة الملك الخالص ومثل هذا الجبر فى الوقف لا يعدو أن يكون عنتاً وهو فى الوقت نفسه لا يتفق مع الفقه ولا مع القانون ، ولم أسمع لمن يرون هذا الرأى حجة سوى أن فيه تيسيراً للقسمة ولكن هذا التيسير مهما كان أمره لا يمكن أن يبرر هذا العنت ولا الخروج على أحكام الفقه والقانون ، على أن سبل التيسير موفورة فى بيع بعض الأعيان لتعديل القسمة بمال البدل أو إبقاء عين مشتركة لتعديل الأنصباء أحسن سبيل لذلك مع عدم الوقوع فى مثل هذه النتائج . هذا إلى أن

التجربة قد دلت على أن الحوادث التى يحتاج فيها إلى تعديل القسمة بإدخال النقود قليلة وربما كان أكثرها ناشئاً عن أن من يقوم بها لا يريد إجهاد نفسه أو تنقصه الكفاية .

النزاع فى محل القسمة .

٥١٥ — وقد أعطى لكل من المستحقين أن يطلب إفراز حصته فى الوقف أى الأعيان الموقوفة . والأعيان لا يصح أن تسمى وقفاً ولا أن يطلق عليها وصف الموقوفة إلا إذا كان هذا الوصف ثابتاً لها بيقين وقائماً بها على وجه لا نزاع فيه . وذلك يكون حيث تكون وقفيتها ثابتة ومتفقاً عليها لا نزاع فيها أصلاً أو يكون فيها نزاع تتبين المحكمة أنه نزاع غير جدى فهو وعدمه سواء . وكون الأعيان موقوفة يعرف من الرجوع إلى كتاب الوقف أو إلى الأحكام القضائية الصادرة بذلك أو التقسيطات الديوانية ، والأوقاف القديمة التى ليس لها كتب ولا أحكام ولا تقسيطات يكفى فيها وضع اليد والشهرة واتفاق المستحقين وعدم المنازع ، فإن لم يكن هذا ولا ذاك لا يمكن ان تعتبر الأعيان موقوفة وأن تشتغل المحكمة بقسمتها لمجرد أن قوماً يزعمون أنها موقوفة عليهم وأنهم مستحقو غلتها مع أنها ليست بأيديهم وليس معهم شىء من هذه الأوراق يدل على أنها موقوفة . وإذا حصل نزاع فى كون الأعيان موقوفة وكان نزاعاً جدياً لا تقسم حتى يفصل فى هذا النزاع فصلاً نهائياً ممن يملكه ، لأن القانون إنما أباح قسمة الأعيان الموقوفة وليس من الحجة فى شىء أن يقال أنه لا ضرر من القسمة على من ينازع وإذا كان فيه شىء من الضرر فلا يعود إلا على طالبها ، لأن المسألة ليست مسألة الضرر وعدم الضرر ، وإنما هى مسألة أن محل القسمة التى أجازها القانون ليس متحققاً والقسمة نوع من التصرف فى الوقف والولاية عليه وسبب هذه الولاية ليس متحققاً . فلو حصل نزاع جدى فى أن وقف هذه الأعيان وقع باطلاً لأنها لم تكن مملوكة للواقف حين وقفها بأن كانت مملوكة لغيره أو كانت ملكا له ووقفها على جهات أخرى وقفاً لازماً قبل أن يرد عليها الوقف الثانى أو لأن وقفها كان متوقفاً على الأجازة

وأبطله من له حق الإبطال أو حصل نزاع فى أن هذه الأعيان لم يرد عليها وقف أصلاً ، لم يجز طلب القسمة فى جميع هذه الأحوال .

و إذا كان بعض الأعيان متنازعاً فى وقفه والبعض الآخر غير متنازع فيه لم يقسم ما فيه نزاع ، وما ليس فيه نزاع يقسم إذا لم يكن فى قسمته ضرر بين على فرض أن المتنازع فيه ثبت كونه موقوفاً .

و إذا كان بعض أعيان الوقف ثابتاً كونه موقوفاً ولكنه كان مغتصباً لا يقدر على رده أو الوصول إلى قيمته فلا يعتبر من أعيان الوقف . و إذا كان من المنتظر رده ولكن لم يفصل بعد فى النزاع المتعلق به فإنه لا يدخل فى القسمة و إن اتفق على ذلك المستحقون إذ من الجائز ألا يقدر على رده فيكون فى ذلك ضرر على الطبقات الآتية من الموقوف عليهم . وتجوز قسمة ماعداه إذا لم يكن فيها ضرر بين على فرض أن المغصوب قد استرد أو أخذت قيمته .

رابعاً — من يتولى القسمة

٥١٦ — راعى الشارع أن الوقف يختلف عن الملك ، لأن فى الوقف حقاً للمستحق وحقاً لمن يستحق بعده ، كما راعى أن تنازل المستحق عن استحقاقه أو عن بعضه باطل ، فلم ير الأخذ بإجازة قسمة الوقف بين المستحقين بتراضيهم من غير رجوع إلى المحكمة كما يجوز ذلك فى قسمة الأملاك الطلقة ، وجعل هذه القسمة حقاً خالصاً للمحكمة ، ولا تحصل ولا توجد إلا إذا صدرت منها ، وكان ذلك منه رعاية لحق بقية الموقوف عليهم ومنعاً للتنازل عن الاستحقاق من طريق القسمة ، إذ من الجائز ، إذا أعطى المستحقون هذا الحق كما أعطى للمالكين ، أن يرضى أحدهم بالغبن الفاحش فى القسمة مجاملة لشركائه فى الاستحقاق ، أو خضوعاً لظروف خاصة ، أو لأخذه مالاً لنفسه ، فيدخل بذلك ضرراً على من بعده من طريق هذه القسمة التى جعلها القانون قسمة لازمة . فإذا اتفق المستحقون على القسمة وأجروها فعلاً فيما بينهم لا يعتبر هذا قسمة أصلاً ، وهو لا يعدو أن يكون خطوة تمهيدية من شأنها قطع المنازعات وتيسير إجراءات

القسمة على المحكمة ، فإذا تبين لها من بحث ما اتفقوا عليه أنه ينطوى على قسمة جائزة عادلة لا تخالف أحكام القانون والفقه أقرت ما صنعوا وقسمت الوقف على الوجه الذى اتفقوا عليه ، وإلا تصرفت التصرف الذى تمليه المصلحة ولا يخالف الأحكام التى يجب عليها أن تطبقها . وليس معنى قول المذكرة التفسيرية « أن المحكمة تقر ما تم بين المستحقين بالتراضى قبل رفع الأمر إليها » أنها تعاملهم فى حالة التراضى معاملة المقتسمين من المالكين إذا تراضوا على قسمة أملاكهم الطلقة وأنها لا تتدخل فى الموضوع ولا يكون لها عمل أكثر من التصديق على ما صنعوا ، بل معناه ما ذكرت لأن القسمة ليست من حقهم وإنما هى حق المحكمة [1] .

٥١٧ — وهذا القانون لم يعين المحكمة التى تقوم بالقسمة ، وكان هذا الموضوع مثار صراع وجدل عنيف من البداية إلى النهاية وفى جميع المراحل التى مرّ بها القانون . فطائفة كانت ترى عدم النص على المحكمة وأخرى ترى النص على أنها المحكمة الشرعية ، وثالثة ترى النص على أنها المحكمة المدنية [2] ويكفى أن أقول هنا أن الحكومة تقدمت إلى البرلمان بالمشروع الثانى على أساس أن القسمة من اختصاص المحاكم الشرعية ، وإن لم ينص على ذلك فى المادة ٤٠ ، فقد كان نص المادة ٤٦ « إذا قسمت المحكمة الوقف . . . . وجب عليها إقامة كل مستحق ناظراً على حصـــته » [3] ، فالمحكمة التى تقسم هى المحكمة التى تقيم الناظر

---

(١) قد أثبتت لجنة العدل بمجلس الشيوخ بمحضرها ما يأتى « تراضى المستحقين على القسمة فيما بينهم لا يلزم المحكمة بالمصادقة عليها وتكون لها حرية التصرف بما تراه . فإذا اطمأنت المحكمة إلى هذه القسمة أقرتها وإلا اتخذت ما يلزم من الإجراءات » (جلسة ٢١ أبريل سنة ١٩٤٣) .

(٢) لجنة العدل « جلسة ٢١ أبريل سنة ١٩٤٣ » ، ومجلس الشيوخ « جلستى ١٠ ، ١١ أبريل سنة ١٩٤٤ » ، ومجلس النواب « جلستى ٢٩ يناير و ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٦ » ، ومجلس الشيوخ « جلسة ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٦ » .

(٣) لما قرر مجلس النواب أولا إضافة « المدنية » فى المادة ٤٠ رأى أن من الواجب حذف « عليها » فى المادة ٤٦ . ولما طلب فتح باب المناقشة فى المادة ٤٠ لم يطلب فتحها فى المادة ٤٦ فبقيت كما هى بعد التعديل .

وهى المحكمة الشرعية . ولما ثار الجدل بمجلس النواب قال مندوب وزارة العدل إنه لامحل لتعيين المحكمة فى قانون الوقف ، وهو قانون موضوعى ، ومحل ذلك قوانين الإجراءات لا قوانين الموضوع ، والقسمة ليست خصومة ولا فصلا فى نزاع فى دعوى وليست إلا تصرفاً ، والتصرف فى الأوقاف بجميع أنواعه من اختصاص المحاكم الشرعية بنص المادة ٢٧ من قانونها، فالقسمة من اختصاص المحاكم الشرعية وإذا أخرجت منه كان ذلك سلباً لحقها . وقد ذهب المقرر أيضاً إلى أنها من اختصاص المحاكم الشرعية لأنها فى أغلب الأحوال تمس أصل الوقف ، وأنه ليس لمشرع أن يشرع ضد مبدأ ثابت معمول به فى البلاد ، وأن القسمة تتوقف على شروط نص عليها قانون الوقف ، ولا كلام فى أن الفصل فيه للقاضى صاحب الولاية على الوقف وهو القاضى الشرعى ، ففى إعطاء القسمة للمحاكم المدنية تعسف وخلط بين القوانين وتحميل الناس مشقات ومصروفات من غير سبب ولا داع . وقد عدل هذا المجلس آخراً عما قرره أولا من تقييد المحكمة بالمدنية وقرر إبقاءها على أصلها وصنع ما صنعه مجلس الشيوخ فى المشروع الأول . وقرار مجلس النواب إقتناع بيِّن بما أبدته الحكومة وما أبداه المقرر وقال إنه رأى اللجنة ورأيه كمقرر ، وفيه أقوى دلالة على أن المجلس اقتنع بأن هذا عمل ولائى وصاحب الحق فيه هو المحكمة الشرعية وأنه لا يريد أن يسلبها هذا الحق . ومجلس الشيوخ رأى أيضاً عدم التعيين . وبعد صدور هذا القانون هدأت الزوبعة واستقر العمل على أن المحاكم الشرعية هى المختصة بهذه القسمة[1] ، كما أن الاتجاه التشريعى لم يحاول أن يمس هذا الاختصاص فيما أعد حتى الآن من المشروعات . والمختص بالقسمة فى المحاكم الشرعية هى محاكم التصرفات لا المحاكم القضائية ، لأن أساس اختصاصها بالقسمة أنها عمل ولائى وتصرف .

٥١٨ — والقسمة التى لا تحصل إلا من المحكمة هى القسمة التى يطلبها المستحق ، فإن القسمة فى قول المادة ٤٠ « وتحصل القسمة . . . » إنما هى القسمة المتحدث عنها فى الفقرة الأولى وهى القسمة التى يطلبها المستحق ، فهذا الحكم

---

(١) أقبل طالبو القسمة على المحاكم الشرعيــة ، وذهب بعض إلى المحاكم الوطنية فقضت بعدم الاختصاص . أما المحاكم المختلطة رحمها الله فقد سارت فيما عرض عليها من قضايا القسمة .

لا يتناول القسمة التى يريد أن يجريها الواقف فى وقفه ، لأنها حق له بمقتضى ما له من التغيير فى مصارف وقفه وشروطه ، فكما يملك التغيير بجعل الاستحقاق المفرز شائعاً يملك التغيير بجعل الاستحقاق فى أعيان شائعة استحقاقاً فى أعيان مفرزة ، ولا ريب فى أن التغيير على هذا الوجه تغيير فى المصارف و إن لم ينطو على مساس بقدر الاستحقاق ، لأنه يشتمل على إخراج كل مستحق من الاستحقاق فى الحصص التى جعلت لغيره واختصاصه باستحقاق الحصة التى جعلت له بعد أن كان مشتركاً بينه وبينهم ، ففيها إدخال و إخراج من الاستحقاق بالنسبة للأعيان المفرزة وهذا تغيير فى المصارف ولا كلام . فالقسمة التى يريد الواقف إجراءها لا تخضع لحكم هذه المادة ولا تخضع إلا لأحكام التغيير والتوثيق . وسر ذلك غاية فى الوضوح ، وهو أن هذا القانون أخذ بأجازة قسمة أعيان الوقف بين مستحقيه قسمة إفراز على أساس أن الموقوف مملوك للموقوف عليه ملكا ناقصاً ولكن هذه الملكية لا تثبت له فى حياة الواقف بل يبقى مملوكا له ، كما أنه جعل إرادة الواقف وحدها هى الحكم فى الوقف وفى الاستحقاق فيه ، فإن شاء أبقى على وقفه و إن شاء رجع فيه ، و إن شاء أبقى الموقوف عليهم و إن شاء أخرجهم ، و إن شاء أبقى مقادير الاستحقاق كما هى و إن شاء وزعها توزيعاً آخر كما يريد . ثم إن القسمة لم تجعل أمام المحكمة إلا لرعاية مصلحة الوقف ومن يأتى بعد القسمة من المستحقين ولا معنى لحمايتهم من تصرفات واقف فى مقدوره أن يحرمهم من كل الاستحقاق أو بعضه فلا مبرر للحد من حريته وسلبه حق القسمة و إعطائه للمحكمة .

ومن البين أن الواقف لا يملك هذه القسمة إذا كان لا يملك التغيير فى وقفه لأنه إنما ملكها على أنها نوع من التغيير . كما أنه إذا أراد قسمة الوقف الصادر قبل العمل بهذا القانون وجب عرض ذلك على محكمة التصرفات طبقاً لنص المادة الثالثة لأن قسمة الواقف نوع من التغيير ، وعرض الأمر عليها لا لتجرى القسمة هى ، ولكن لتقرر سماع الإشهاد منه أو عدم سماعه ، و بعد أن تقرر سماع الإشهاد ليس من حقها أن تتدخل فى موضوع القسمة ولكنه هو الذى يجريها ،

وهى تسمع الاشهاد منه بوصف كونها موثقاً ، لا بوصف أنها صاحبة الولاية فى هذا التصرف .

٥١٩ — والقسمة التى تجريها المحكمة تصرُّف فى الوقف يخضع لما يخضع له سائر التصرف من القواعد والإجراءات . وقانون المحاكم الشرعية لم يعرض للتصرفات بأكثر من بيان الاختصاص ، وأحكام بعض الطعون على إجمال فيها ، وشىء يتعلق بالنفاذ المؤقت ، أما ماعدا ذلك فإنه يكون باجتهاد من المحاكم فى ظل إرشادات جاءت بها بعض المنشورات ، ومن المرجو أن يتم إكمال هذا النقص البين فى القريب العاجل إن شاء الله .[1]

أما القسمة التى يجريها الواقف فهى أشهاد من الأشهادات وتخضع لأحكام هذا القانون فى التوثيق والتغيير وغيرهما .

٥٢٠ — وقسمة المحكمة للأعيان الموقوفة أجراء ولأنى وقضاء فعلى لايحتاج

---

(١) اشتمل الكتاب الرابع من مشروع قانون المرافعات أمام المحاكم الشرعية على الأحكام الخاصة بالتصرف فى الأوقاف ، وقد تضمنت إحدى مواده وجوب إقامة « ناظر خاص » للمحافظة على حقوق الوقف والجهات الخيرية فى بعض المسائل ومنها قسمة الوقف بين مستحقيه. ومن مواده الخاصة بالقسمة المواد الآتية :

مادة — إذا عينت المحكمة خبيراً لقسمة الوقف بين مستحقيه وجب أن يشتمل قرارها على مقدار كل حصة طلب إفرازها .

مادة — يجوز أن تتناول القسمة بعض الأعيان الموقوفة دون البعض الآخر .

وإذا كانت الأعيان مختلفة فى النوع أو فى الجودة جازت قسمة كل على حدة وجازت قسمة الكل قسمة جمع مالم يكن فى إحدى الطريقتين ضرر بين فأنه يجب اتباع الأخرى .

مادة — اذا طلب إفراز أكثر من حصة أو كان الاستحقاق منحصراً فى اثنين وطلب أحدهما القسمة كون الخبير الحصص المفرزة على أساس أصغر نصيب . فإن تعذرت القسمة على هذا الأساس جنب الخبير لكل طالب حصته .

مادة — متى انتهى الفصل فى المنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص وفى المنازعات الأخرى وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب أصدرت المحكمة قرارها بإعطاء كل طالب النصيب الذى آل إليه وان كانت لم تعين بطريق التجنيب أجريت القسمة بطريق الاقتراع وتثبت المحكمة ذلك فى محضرها وتصدر قرارها بإعطاء كل طالب النصيب المفرز الذى خرج له .

هذه هى أهم احكامه الخاصة بالقسمة وتشترك مع غيرها فى الأحكام العامة . والأحكام الخاصة كلها من الأحكام التى تستطيع المحاكم الشرعية أن تطبقها من الآن بدون توقف على صدور هذا التشريع . وطرق إجراء القرعة مبينة فى كتب الفقه أتم البيان .

إلى قرار موافقة يسبقه ولا إلى ضبط إشهاد يلحقه ، فليس هناك إشهاد ولا مشهد ، وليس هناك إلا تصرف وقاض متصرف ، فهى كالأحكام القضائية وقرارات التصرفات الأخرى ، وكونها تتعلق بعقار لا يدعو إلى ضبط إشهاد ، وما مثلها فى هذا إلا كمثل الحكم يصدر ببطلان وقف أعيان أو بصحة وقفها والقرار يصدر بإنهاء الوقف لسبب من أسباب انتهائه ، وليست فى هذا كالرجوع عن الوقف لأنه عمل الواقف لا عمل المحكمة وقد اشترط لصحته الإشهاد ، وليست كالاستبدال فإنه عقد بين طرفين قد تكون المحكمة أحدهما وقد لا تكون .

٥٢١ — ومتى قسمت المحكمة الوقف بين مستحقيه وصارت هذه القسمة نهائية حازت قوتها من غير احتياج إلى عمل قضائى آخر ، فإذا كان بين المستحقين غائب حياته محققة [١] أو من لم تتوافر فيه الأهلية لا تحتاج هذه القسمة إلى تصديق المحكمة الابتدائية الحسبية ولا يجب هذا التصديق ، فإن القسمة القضائية التى أوجب القانون المدنى وقانون المحاكم الحسبية التصديق عليها هى قسمة الأملاك الطلقة فلا تتناول قسمة الوقف بين مستحقيه . وحكمة هذا غاية فى الوضوح ، فإن القسمة التى تحتاج إلى التصديق قسمة تجريها محكمة جزئية ، أما قسمة الوقف فتجريها محكمة ابتدائية ، وهى قابلة للاستئناف مهما كانت القيمة ، والمهمة الأولى للمحكمة فيها هى النظر إلى من لا يستطيع النظر لنفسه من جهة أو ناقص أهلية أو عديمها ، فلا وجه مطلقاً لاحتياجها إلى التصديق مع وجود هذه الضمانات القوية .

آثار القسمة .

٥٢٢ — إذا أفرزت حصة لمستحق أو لطائفة اختص أو اختصوا بها بجميع مالها وما عليها من حقوق الارتفاق والحقوق الأخرى كأداء ما يناسب هذه الحصة من الاستحقاق غير الدائم أو غير المعين .

وبالقسمة تعتبر الحصة المفرزة بمثابة وقف مستقل عن بقية الحصص أو الأعيان ، ولهذا الاعتبار مظاهره البارزة فى أحكام هذا القانون .

---

(١) الغائب المفقود ليس استحقاقه مستيقناً فلا يقسم له ، والغائب فى القسمة هو من كانت حياته محققة وكان يقام له وكيل طبقاً للقانون الحسبى .

فمن هذه المظاهر أحكام بيع الحصة المفرزة وفاء لدين مسجل أو غير مسجل. وإذا كان القانون قد أثبت لأهلها استحقاقاً فى الأعيان الأخرى ، فإن هذا لم يكن إلا للتعويض عليهم بسبب ضياع وقفهم أو بعضه لأمر لا إرادة لهم فيه أو لتطبيق أحكام الاستحقاق الواجب فى الحصص الأخرى ، ولا يتنافى شيء من ذلك مع هذا الاعتبار . وقد أسلفت ذكر ما يأخذ حكم البيع فى الدين من أسباب الضياع الأخرى .

ومن هذه المظاهر لزوم القسمة واختصاص صاحب الحصة المفرزة بغلتها مهما كان أمرها ، ارتفعت أو انحطت أو انعدمت ، ومهما كان أمر الحصص الأخرى ، حتى إن أصحاب المرتبات ليأخذون غلة حصتهم وإن كانت أضعاف ما شرط لهم ، ولا يأخذون شيئاً من غلة باقى الأعيان . وإن لم تأت حصتهم بغلة أصلاً .

ومنها أداء كل حصة ما يناسبها من الخيرات والمرتبات غير المعينة أو غير الدائمة .

ومنها أيضاً أحكامه فى النظر على الحصة المفرزة وسيأتى تفصيلها .

٥٢٣ — ومن النتائج اللازمة لهذا الاعتبار ولاختصاص كل صاحب حصة بغلتها مهما كان أمرها ألا تشترك أية حصة فيما يحتاج إليه غيرها من عمارة وإصلاح . ولو أنا ذهبنا إلى هذا الاشتراك لكان حكما غير عادل لا يتسق مع الأحكام الأخرى ويعود بالنقض على الحكمة السامية التى بعثت الشارع على الأخذ بأحكام القسمة . وإذا لم يكن الواقف قد اشترط شيئاً متعلقاً بالعمارة فلا إشكال . وإذا كان قد اشترط فيها شرطاً عاماً فإنه يعمل به فى كل حصة على حدة لأنا نعلم قطعاً أنه لم يسقه على هذا الوجه العام إلا لأنه جعل الاستحقاق فى الأعيان شائعاً وأنه لو جعل لكل مستحق استحقاقاً فى حصة من الأعيان مفرزة ما عمم فى شرطه ، على أن هذا القانون قد أهدر فى مواطن عديدة شرط الواقف إذا كان غير متسق مع الأحكام التى أخذ بها . ولو أن الواقف وقف

فيما وقف أرضاً معدة للبناء وشرط إنشاء بناء خاص عليها من غلة الوقف جميعه ، أو وقف أرضاً ومبانى وشرط عمارة المبانى وإصلاحها فى غلة الأرض خاصة ، كان ما يحتاج إليه إنشاء المبانى أو عمارة الأعيان المبنية من الاستحقاق غير المعين فتؤدى كل حصة من الحصص المفرزة ما يناسبها فى ذلك ، وهو كما لو شرط فى غلة وقفه عمارة بناء غير موقوف أو موقوف من غيره أو موقوف منه فى عقدة أخرى .

شهر القسمة :

٥٢٤ — وقسمة أعيان الوقف بين مستحقيه قسمة إفراز تصرف من شأنه تغيير الحق العينى الأصلى على الموقوف ، لأن القسمة كما قلنا تقوم على أساس أن الموقوف عليه يملك الموقوف ملكا ناقصاً . فإذا كان المقسوم عقاراً أو فيه عقار وجب شهر القسمة بطريق تسجيل القرار الصادر بها طبقاً للمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى . ويجب تسجيل هذا القرار متى كان من بين الأعيان الموقوفة عقار وإن طلب القسمة واحد وكانت حصته التى اختص بها كلها من المنقول ، لأن اختصاصه بها ينتج عنه حتما اختصاص الباقين دونه ببقيـة الأعيان ومن بينها العقار . ويرجع فى معرفة معنى العقار والمنقول هنا إلى الإصطلاح المدنى لا إلى اصطلاح فقهائنا .

وما لم يتم هذا التسجيل لا ينشأ عن القسمة هذا الحق وهو اختصاص المستحق بالعين التى أفرزت له ، وهذا الحق وحده هو الذى يتراخى إلى حصول التسجيل ولا يثبت إلا من وقتـه بدون أن يكون له أثر رجعى ، أما الحقوق الأخرى التى تترتب على القسمة فلا يتوقف ثبوتها على هذا التسجيل وتثبت لصاحب الحصة من وقت حصول القسمة ، فهو يكون مختصاً بغلة هذه الحصة من وقت القسمة مهما كان أمرها ، ويثبت له الحق فى إقامته ناظراً عليها ، ولا تتحمل هذه الحصة شيئاً فيما يحتاج إليه فى عمارة الحصص الأخرى وإصلاحها ، وعليه أن يؤدى من غلتها ما يجب إخراجه للاستحقاق غير المعين أو غير الدائم ، ولا يتوقف شىء من ذلك على حصول التسجيل .

وهذا فى القسمة التى تجريها المحكمة بعد موت الواقف أما القسمة التى يجريها الواقف بإشهاد التغيير أو القسمة التى تجريها المحكمة فى حياته فإنها أشبه شىء بقسمة المهايأة مادام الواقف حياً إذ لاملكية ولا لزوم ، فيجب أن يطبق عليها من أحكام الشهر ما يطبق على قسمة المهايأة ، أما بعد موته فإن هذه القسمة تصبح لازمة وتثبت الملكية الناقصة للموقوف عليه، فيجب أن تطبق عليها إذ ذاك أحكام المادة التاسعة المشار إليها .

ب — أحكام القسمة الخاصة

أولا — القسمة للمقادير

مادة ٤١ — إذا شرط الواقف فى وقفه خيرات أو مرتبات دائمة معينة المقدار أو فى حكم المعينة وطلبت القسمة فرزت المحكمة حصة تضمن غلتها ما لأرباب هذه المرتبات بعد تقديرها طبقاً للمواد ٣٦ ، ٣٧ ، ٣٨ على أساس متوسط غلة الوقف فى خمس السنوات الأخيرة العادية . وتكون لهم غلة هذه الحصة مهما طرأ عليها من زيادة أو نقص .

مادة ٤٢ — إذا قسم الموقوف بين المستحقين يؤدى كل مستحق للخيرات أو المرتبات غير الدائمة أو غير معينة المقدار ما يناسب حصته فى الوقف .

٥٢٥ — القاعدة العامة أن لناظر الحصة الخيرية ولكل مستحق أن يطلب إفراز حصته مالم يكن فى إفرازها ضرر بين ، وعرفنا أن إمكان الإفراز شرط عقلى كما أنه مستفاد من النص ، وأن الشارع ترك تقدير الضرر المحكمة ، ولكنه لم يشأ أن يترك ذلك فى شأن المقادير وفصل أحكامها وبين ما يقسم له منها ومالا يقسم ، فقد خشى أن يكون مدى الاختلاف فى شأنها حين التطبيق واسعاً . والأحكام الواردة بهاتين المادتين لا شأن لها بالاستحقاق إذا كان غلة حصة

من الأعيان شائعة أو كان سهماً فى غلة الأعيان ، ولا بما إذا كان الوقف كله خيرياً، ووزع الاستحقاق فيه بطريق المرتبات أو بطريق السهام أو بطريق المرتبات والفاضل ، أو إذا كان كله أهلياً ووزع الاستحقاق فيه بطريق المرتبات ، فإن هذه الأحكام إنما تبين حكم القسمة فى وقف شرطت فيه خيرات أو مرتبات يكون لها بالقسمة حصة من أعيانه ، أى أن الاستحقاق فيه مشترك بينها وبين غيرها . ففى هذه الأحوال كلها تطبق أحكام القاعدة العامة التى سبق تفصيلها .

وهذه الأحكام لم تعرض أيضاً لحكم الاستحقاق الأهلى إذا كان فاضلاً بعد مقادير معينة ، فهو خاضع للقاعدة العامة ، ويقسم له إذا كان استحقاقه مجزوماً بتحققه وكان من الممكن تعيين سهمه . فإذا شرط مقداراً معيناً دفعة واحدة ، خيرياً كان هذا أو أهلياً ، وجعل الفاضل لمستحقين استحقاقاً أهلياً ، وكان من المقطوع به أن هناك فاضلاً ، فإن هذا المقدار لا يقسم له لما فى ذلك من الضرر البين ، واشتراطه لا يمنع من قسمة الوقف بين المستحقين على أن يؤدى كل ما يناسب حصته من هذا المقدار . وإذا كان من المحتمل أن يكون هذا الفاضل وألا يكون ، لا يقسم الوقف أصلاً حتى يستوفى صاحب المقدار مقداره لأن صاحب الباقى فى هذه الحال قد يستحق وقد لا يستحق فلا يسمى مستحقاً ولا تتناوله القاعدة العامه كما أنه يتبع ذلك حتماً أن تعيين نصيبه يكون غير ممكن ، كما لو وقف أرضاً وشرط أن يبدأ من غلتها بعدموته بإنشاء مسجد هيأ مكانه وبين صفته وما فضل بعد ذلك يكون لأولاده وذريته ، وكان من المحتمل أن تفى هذه الغلة بذلك وألا تفى ، وأن يبقى منها شىء وألا يبقى إذا كان فيها وفاء . وإذا شرط مرتبات لا يدخلها النقص وشرط الفاضل لغير أصحابها وكان من المحتمل أن يكون فاضل وألا يكون فقد بينت من قبل أنه لا يقسم لصاحب الفاضل ولا يمنع ذلك من قسمة الوقف بين أصحاب المرتبات الأهليـة ، أما إذا كان من المقطوع به أن هناك فاضلا فإنه يقسم له ويراعى فى ذلك أن سهمه هو الفاضل من الغلة حين القسمة . وإذا كانت المرتبات يدخلها النقص فمن المقطوع به أن هناك

فاضلا وأن صاحبه مستحق فيقسم له ويكون تعيين سهمه طبقاً للأحكام المقررة فى ذلك . أما إذا كان الفاضل أستحقاقاً خيرياً فمن المحتمل أن تتناوله كلمة « خيرات » الواردة بالمادة ٤١ ، ولكن الواقع أن هاتين المادتين مسوقتان لبيان أحكام المقادير. وأياً ما كانت الحال فإنه لا يختلف عن الفاضل الأهلى فيما سبق لأن المدار فيه على صحة إطلاق لفظ المستحق وإمكان تعيين السهم الذى يقسم له .

ولم تعرض هذه الأحكام أيضاً لحكم المقادير المعينة الدائمة إذا كان استحقاقها أهلياً ولم تكن من قبيل المرتبات بأن كانت غير دورية أو كانت أجراً ، أو كان نفعها عائداً إلى الوقف نفسه . والنوع الأول لا تمكن القسمة له لأنه ليس من الممكن تعيين سهمه ، والنوع الثانى لا يكون دائماً فتمتنع القسمة له لما فيه من الضرر البين على أنه لو فرض وجوده دائماً ولم يكن فى القسمة له ضرر فإنه يقسم له طبقاً للقاعدة العامة ، والنوع الثالث لا يقسم له لما قدمناه فى آثار القسمة . ومن الواضح أن عدم القسمة لما لا يقسم له لا يمنع من قسمة الوقف بين غيره على أن يؤدى كل مستحق ما يناسب حصته فى النوعين الأولين .

الخيرات

٥٢٦ — المقادير المشروطة للخيرات قد تكتمل فيها عناصر المرتب فتكون من المرتبات ، والمرتبات لا تكون إلا معينة ، فإذا كانت مرتبات دائمة ، وكان شركاؤها فى الاستحقاق يقسم لهم ، قسم لها أيضاً إذا طلب ذلك الناظر عليها ، وتوافرت شروط القسمة ، وإذا لم يطلب الناظر إفراز حصة لها يراعى قدر مايجب لها فى الباقى ، فالإفراز لها لا يكون إلا إذا طلب ممن يملكه أو طلب كل مستحق إفراز نصيبه فتعين أن يكون لها نصيب مفرز ، أما إذا طلبت القسمة لغيرها ولم تطلب لها ولم يتعين الإفراز لها فإنه لا يفرز لها ويراعى قدر مايجب لها ، وهذا هو المعنى المتعين لأن الإفراز دائماً لا يكون إلا بالطلب ، وقد يوهم إطلاق القول فى عبارة القانون « وطلبت القسمة » غير ذلك ولكن هذا هو المراد الواضح . والمرتبات الخيرية إذا كانت من المرتبات التى يدخلها النقص قدرت طبق أحكام

المرتبات واعتبر السهم الذى تستحقه بمقتضى هذا التقدير سهمها فى استحقاق الغلة حين القسمة على ألا تستحق أكثر مما شرط لها وتجرى قسمة الأعيان على هذا الأساس، و إذا كانت من المرتبات التى لا يدخلها النقص كانت حصتها فى الأعيان بمقدار سهمها فى استحقاق الغلة حين القسمة . و إذا كان شريكها فى الاستحقاق لا يقسم له لم يقسم الوقف ، لأن الشريك لايقسم له والحصة الخيرية لا تقسم . وما قدمته من معنى الخيرات ، والمرتبات ، والتعيين ، والدوام ، والأمثلة ، فيه الكفاية وأكثر من الكفاية فلا حاجة إلى الإعادة .

و إذا كانت المقادير الخيرية معينة دورية دائمة ولم تكن من قبيل المرتبات ويكون ذلك فى حالة ما إذا اشترطت على أنها أجور ، قسم لها أيضاً إذا كان شريكها فى الاستحقاق مما يقسم له ، وهذه المقادير لا يدخلها النقص فحصتها فى الأعيان تكون بنسبة المقادير المشروطة إلى الغلة حين القسمة لأنها من المقادير التى لا يدخلها النقص ولا تتناولها أحكام المرتبات ولم يذكر الشارع لها طريقة تقدير ، وقد يكون فى القسمة لها ضرر بالغ على المستحقين الآخرين ، وذلك إذا كانت القسمة قد طلبت فى وقت انخفضت فيه الغلة انخفاضاً بيناً غير عادى لسبب من الأسباب ، وقد يكون فيها ضرر على المقادير نفسها ، إذا كان الطلب فى وقت ارتفعت فيه الغلة ارتفاعاً عظيما غير عادى. والوجه فى ذلك أن توازن المحكمة بين الضرر الذى ينشأ عن عدم القسمة والضرر الذى ينشأ عنها فإذا ربا الأول قسمت و إلا رفضت . أما تقدير هذه المقدرات طبقاً للمرتبات و إدخال النقص عليها كما يدخل على المرتبات فلا سبيل إليه لأنه أمر لم يجىء به هذا القانون ولا الفقه الذى يجب تطبيقه . وهذا النوع هو الذى حمل الشارع على ذكر الخيرات مع المرتبات وعلى اشتراط التعيين فى المادة ٤١ ، إذ ليست هناك خيرات يقسم لها وهى ليست من المرتبات إلا هذه ، والمرتبات لا تكون إلا معينة .

و إذا كانت هذه المقادير من المرتبات غير الدائمة ، فانها تكون كبقية المرتبات غير الدائمة لا يقسم لها ، لما فى القسمة لها من الضرر البين الذى يلحق المستحقين

الآخرين من إفراز نصيب لها ، ومن شرط القسمة ألا يكون فيها ضرر بين . والشارع قد بتَّ الحكم هنا مغلباً جانب الضرر فليس للمحكمة بعد هذا أن تبحث فيما إذا كان فى القسمة لها ضرر فلا تقسم لها ، أو ليس فيها ضرر فتقسم لها . وعدم القسمة لها لا يمنع من قسمة الوقف بين المستحقين الآخرين بنسبة استحقاقهم غير منظور إلى هذه المقادير فى توزيع الأعيان . و بعد القسمة تؤدى كل حصة ما يناسبها فى هذه المرتبات . فاذا قسم الوقف إلى النصف والثلث والسدس مثلا ، وجب فى حصة النصف نصف هذه المرتبات ، وفى حصة الثلث ثلثها ، وفى حصة السدس سدسها ، أى أن هذه الحصص تعتبر أوقافاً مستقلة وكأن الواقف شرط فيها على حدة سهماً من هذه المرتبات بقدر سهمها فى الأعيان ، ثم يقدر ما يصيب كل حصة طبقاً لأحكام المرتبات إن كانت من المرتبات التى يدخلها النقص ، فاذا فرض أن الغلة حين الوقف كانت معروفة وأن المرتبات غير الدائمة توازى الخمس ، وجب فى حصة النصف لأصحاب المرتبات عشر غلتها على ألا يزيد عن نصف المشروط ، ووجب فى حصة الثلث سهم من خمسة عشر سهما تنقسم إليها غلتها على ألا يزيد عن ثلث المشروط ، ووجب فى حصة السدس سهم من ثلاثين على هذا الوجه . و إذا لم تعرف الغلة حين الوقف ، يضرب أصحاب كل حصة كل سنة فى غلتها بكل هذه الغلة وأصحاب المرتب غير الدائم بنصف المقدار المشروط فى غلة النصف وثلثه فى غلة الثلث و بسدسه فى غلة السدس . وتستمر هذه الحال حتى ينتهى أمر هذه المرتبات. و إذا كانت من المرتبات التى لا يدخلها النقص أدت كل حصة النصيب الذى يناسبها من القدر المشروط و إن استغرق غلتها .

و إذا كانت هذه المقادير معينة دائمة غير دورية ، أو كانت غير معينة دائمة كانت أو غير دائمة ، لا يقسم لها لأن القسمة تقوم على السهام ، ومع عدم التعيين أو عدم الدورية لا يمكن تعيين السهم ، فتكون القسمة لها غير ممكنة ، وهذا لا يمنع من القسمة لغيرها ، وهى مقادير لا يدخلها النقص ، فتدفع كل حصة ما يناسبها من المقدار المشروط و إن استغرق غلتها .

المرتبات :

٥٢٧ — والمرتبات هنا ، كما قدمت ، لا تشمل المرتبات إذا كان توزيع الاستحقاق كله بطريق المرتبات ، ولا المقادير التى لم يكتمل فيها عنصر المرتب ، وتشمل المرتب الخيرى والمرتب الأهلى ، والمرتب الذى لا يدخل عليه النقص والمرتب الذى يدخل عليه طبقاً لأحكام هذا القانون فى المرتبات ، وهذا الأخير هو الذى يحتاج إلى التقدير ، أما ما لا يدخل عليه النقص فإنه يستوفى كاملاً وإن استغرق كل الغلة .

وتقدير ما يحتاج إلى التقدير إذا عرفت الغلة حين الوقف أمره واضح ، وإذا لم تعرف الغلة لا يقدر بالنسبة للغلة حين القسمة ، ولا بالنسبة لغلة سنة واحدة عادية ، بل يقدر بالنسبة لمتوسط غلات السنوات الخمس الأخيرة العادية ، والمراد بالسنة العادية السنة التى لم تطرأ عليها عوامل وقتية تؤثر فى الغلات ارتفاعاً وانخفاضاً ، كالعوامل التى تنشأ أيام الحروب أو بعدها وكالأزمات الاقتصادية ، وإذا طرأت عوامل وقتية سببت ارتفاعاً أو انحطاطاً استمر زمناً طويلاً وكان لا يرجى زواله فى وقت قريب اعتبرت السنوات فيما قبل تبين هذه الحال غير عادية و بعد تبينها تعتبر عادية كحالتنا اليوم فقد ابتدأ الغلاء ثم تزايد واستمر أكثر من ثمان سنوات ولا يدرى إلا الله هل يزول أو لا يزول فمن الواجب أن تعتبر السنوات الخمس الأخيرة عادية . وليس من الضرورى أن تكون السنوات الخمس الأخيرة العادية متوالية فقد تكون متوالية وقد تكون متفرقة . وقد قدمت طريقة استخراج السهم الذى يراعى عند القسمة فى هذه الحال . والتقدير طبقاً للمادة ٣٨ أمره واضح وهو يشمل جميع المرتبات كما أسلفت . والتقـــدير طبقاً للمادة ٣٧ لا يكون إلا إذا كانت المرتبات التى اعتبرت فى السهم الباقى مرتبات أهلية وضاقت عنها غلة هذا السهم ولم تف بالقدر المشروط أو كان بعضها أهلياً والبعض الآخر خيرياً ولم تف الغلة وطلبت القسمة ، أما إذا كانت كلها خيرية ، أو لم يكن فى الغلة ضيق عند طلب القســـمة فلا تقدير ، هذا هو المعنى الذى من أجله ذكرت المـادة ٣٧

فى المواد التى تراعى فى التقدير ، والحق أنه لم يكن ثم ما يدعو إلى ذكرها فإن السهم الباق هو محلها وهو بالنظر لها وقف مستقل وحكمه كحكم الوقف إذا كان كله مرتبات فإن الأعيان تقسم بنسبة هذه المرتبات بعضها إلى بعض ، والحال كذلك لا يختلف إذا ضاقت حصة السهم عن المرتبات أو وفت . وإذا زادت غلة السهم الباقى عن المرتبات وكان الفاضل مما يقسم له كان لأصحاب المرتبات حصص بمقدار سهامهم فى الغلة حين القسمة على أن يضربوا بكل ما شرط لهم وليس فى هذه الحال تقدير للمرتبات ، وإذا كان الفاضل مما لا يقسم له كانت القسمة على أصحاب المرتبات بنسبة المرتبات ويؤدى كل لصاحب الفاضل ما يفضل عن مرتبه .

وإذا كانت المرتبات غير دائمة لا يقسم لها وكيفية أدائها بعد القسمة قد سبق بيانه فى الخيرات .

الحصة التى تفرز

٥٢٨ — والحصة التى تفرز للخيرات أو المرتبات هى حصة فى الأعيان يقدر سهمها فى الغلة حين القسمة بعد تقدير هذه المرتبات إذا احتاجت لتقدير ، هذا هو ما يريده الشارع وهو الذى يتفق مع اعتباره المرتبات سهاماً فى الاستحقاق باطراد ، وهذا لا يخالف قول المادة ٤١ « حصة تضمن غلتها ما لأرباب هذه المرتبات » هذه العبارة التى جارت عبارة المادة ٦٨ من قانون الوصية مع اختلاف المقامين ، ولا يمكن أن يراد هنا أن الغلة تضمن المقدار الذى يستحقه أصحاب المرتبات دائماً وإلا تناقض هذا مع قولها بعد ذلك وتكون لهم غلة هذه الحصة مهما طرأ عليها من زيادة أو نقص ففى حالة النقص لا يكون فى غلة الحصة ضمان للمقادير المستحقة حين القسمة ، فالمتعين أن يكون معنى ضمان الغلة حين القسمة ، أن يكون لهم حصة تغل حين القسمة القدر المستحق لهم إذ ذاك ، وهذه الحصة هى التى توازى سهمهم فى استحقاق الغلة حين القسمة .

وقد جعل ما يفرز للخيرات أو المرتبات حصة واحدة جملة وإن تعدد المستحقون أو جهات الاستحقاق . وقد سلك الشارع هذه الطريق رعاية للأعم

الأغلب فإن هذه الطريقة هى المتعينة فى الحصة الخيرية التى يقسم لها ، كانت مرتباً أو لم تكن ، والغالب فى المرتبات الأهلية أن تكون غير دائمة ولا يقسم لها ، فعمم الحكم رعاية لما هو الأكثر فى المرتبات وهو الخيرى . وقسمة حصة واحدة المرتبات لا يمنع المستحق فيها استحقاقاً أهلياً أن يطلب قسمتها متى توافر شرط القسمة طبقاً للقاعدة العامة .

ومتى أفرزت هذه الحصة اعتبرت وقفاً مستقلا خاصاً بأهلها لهم غلتها زادت أو نقصت ، ويأخذون الزيادة وإن أخذوا أكثر مما شرط لهم ، ولا يستحقون شيئاً فى غلة الأعيان الأخرى مهما كانت تقصير حصتهم فى الغلة حتى وإن لم تأت بغلة أصلا ، فقد انقضت الشركة فى الاستحقاق وصارت الحصص أوقافاً متمايزة .

ثانياً — القسمة فى حياة الواقف :

مادة ٤٣ — لا تجوز قسمة الوقف فى حياة الواقف إلا برضائه ويجوز له الرجوع عنها .

٥٢٩ — الأصل فى قسمة الوقف بين مستحقيه أنها جبرية ولازمة ، ولكن الشارع استثنى من ذلك حالة ما إذا كان الواقف لا يزال حياً ، فانها لا تكون جبرية بالنظر له فإن رضى بها حصلت من المحكمة وإن لم يرض بها لا يجوز للمحكمة إجراؤها ، وإذا رضى بها وقسمت المحكمة الوقف تبقى قسمة غير لازمة بالنظر للواقف ما دام حيا ، فله فى أى وقت أن يبطلها ويعيد الاستحقاق إلى الشيوع . وقد روعى فى هذا أن الواقف ما دام حياً تكون الأعيان باقية على ملكه ولا ملك للمستحق فيها أصلا وليس له إلا المنفعة ، وأن الوقف إذا انتهى فى حياة الواقف لأى سبب من الأسباب المبينة فى هذا القانون كانت الأعيان ملكا طلقاً له ، وأنه ما دام حياً يملك الرجوع عن الوقف ويملك التغيير فيه وإخراج جميع المستحقين أو بعضهم وإدخال غيرهم . هذه هى الاعتبارات التى أملت على الشارع هذا الاستثناء . وهذا الحكم عام يتناول ما إذا كان للواقف

حق الرجوع والتغيير أو لم يكن له هذا الحق ، وذلك لأنه إذا انتفى هذا الاعتبار فقد بقى الاعتباران الأولان وهما كافيان لتقرير هذا الحكم .

٥٣٠ — والقسمة لا يجبر عليها ولا تكون لازمة بالنسبة للواقف وحده ، أما بالنسبة لبقية المستحقين فإنها تكون جبرية ولازمة ، فإذا طلب مستحق إفراز حصته ورضى الواقف ومانع الباقون لم يلتفت إلى رضاهم وتقسم جبراً عليهم ، ولو أن الواقف بقى على رضاه فليس لأحدهم أن يطلب العدول عنها ، وإن كانت فى حياة الواقف لا تعدو أن تكون كقسمة المهايأة ، لأنه لا ملكية لمستحق مع وجود الواقف ، ولكنها أخرجت مخرج الاختصاص بالأعيان نظراً للمستقبل ، حتى أنه إذا مات الواقف من غير نقض لها تأكد لزومها وأصبحت قسمة أعيان تامة من غير حاجة إلى إجراء قسمة جديدة . وقسمة الواقف بمقتضى حقه فى التغيير كقسمة المحكمة فى كل هذا .

٥٣١ — وإذا وقف اثنان فى عقدة واحدة على مصارف واحدة أعياناً شائعة بينهما ، ومات أحدهما وبقى الآخر حياً ، وطلب أحد المستحقين إفراز نصيبه فى هذه الأعيان ولم يرض الواقف الحى بذلك لم يقسم له ، لأن إفراز نصيبه فيما وقف من الحى لا يجوز لأنه غير راض عن ذلك ، وإذا طلب إفراز نصيبه فى وقف الميت لم يجز ذلك حتى تتم القسمة بين الوقفين ثم يطلب إفراز حصته فيما اختص به الوقف الذى مات واقفه . على أنه إن لم يكن هناك طالب للإفراز إلا البعض والبعض الآخر من المستحقين يمانع ولا سبب للقسمة بين الوقفين إلا إفراز نصيب الطالبين لم يقسم إذا كان فى هذه القسمة ضرر بين على بقية المستحقين ، بأن يكون هذا التصرف يؤدى إلى عدم إمكان قسمة ما وقف من الحى بعد موته .

سريان أحكام القسمة

٥٣٢ — وأحكام القسمة طبقاً للمادة ٥٤ تسرى على الأوقاف الصادرة قبل العمل بهذا القانون وعلى الأوقاف الصادرة بعده ، غير أن سريانها على الحوادث السابقة غير محتمل ، فانها أحكام لقسمةِ جبر واختصاص بالأعيان قسمةً لازمة

تحصل بواسطة المحكمة وهذه لم يكن لها وجود فى عصرنا فيما نعلم ، والذى كان موجوداً ومعروفاً ويعرض على المحاكم هو قسمة المهايأة ، وهى قسمة أخرى غير القسمة التى بينت هذه المواد أحكامها فلا شأن لها بها وبقيت خاضعة للأحكام الأخرى . فقسمة المهايأة السابقة على القانون لا تطبق عليها هذه الأحكام ولا تصبح قسمة لازمة ولا قسمة اختصاص بأعيان وأنما هى قسمة منافع ، وإذا أريد جعلها قسمة أعيان وجب عرض الأمر على المحكمة لتنظر فى هذه القسمة وتقرر فيها ما ترى فإما الرفض وإما التعديل وإما جعلها قسمة إفراز . ولو فرض أن بعض المحاكم كانت قد قسمت الوقف قبل القانون قسمة أعيان أصبحت هذه القسمة قسمة لازمة بحكم هذا القانون فإن هذه المواد كما تطبق على الحوادث اللاحقة تطبق على الحوادث السابقة .

وهذه الأحكام لا تطبق على الأوقاف المبينة فى المادة ٦١ ، سواء أصدرت قبل العمل بهذا القانون أم بعده .

أقوال الفقهاء

٥٣٤ — مذهب الحنفية — اختلفت أقوال فقهاء الحنفية فى قسمة الوقف قسمة مهايأة . فنى الخصاف أنه لا تجوز المهايأة فى الدار الموقوفة للسكنى ، ونقل صاحب الفتح عدم جواز التهايؤ فى الوقف بإطلاق وقال إن عدم جواز التهايؤ فى الدار الموقوفة للسكنى مفرع عليه . وقال فى الخانية : رجل وقف أرضه على أقوام معينين فأرادوا المهايأة فيأخذ كل واحد منهم بعضاً يزرعه لنفسه ، قال إن كانت التولية إلى غيرهم فدفع المتولى إليهم مزارعة جاز وإن كانت التولية إليهم أو إلى غيرهم فأخذ واحد منهم بعضاً ليزرعه لنفسه لا يجوز لأن حق الوقف مقدم على حقهم كالبداءة بالعمارة والمؤنة فلا يجوز . وفى إجابة السائل : أن المهايأة معناها أن ينتفع كل واحد بكل الموقوف مدة وهى ممنوعه هنا فلا يصح الحمل عليها ولذا قال فى فتح القدير أجمعوا أن الكل لو كان وقفاً على الأرباب وأرادوا القسمة لا يجوز وكذا التهايؤ . وكأن صاحبها يريد حمل التهايؤ فى كلام الفتح على التهايؤ الزمانى

دون المكانى ، وهذا ما يفهم من صنيعه وإن لم يصرح به ، وتفسيره المهايأة بهذا وحده محل نظر وهو مخالف للمعروف من معناها فى المذهب . هذه هى بعض النصوص التى تفيد أن المهايأة غير جائزة . وورد فى الخانية فى موضع آخر أنه لو رأى الواقف أن يقسم أرض الوقف ويعطى كل واحد من الموقوف عليهم قطعة أرض يزرعها وتكون له دون شركائه لم يكن له ذلك إلا أن يرضى أهل الوقف به ، ولو قسم وفعل ذلك كان لأهل الوقف إبطاله ، وكذا للواحد منهم ، ولو فعلوا ذلك فيما بينهم جاز ولمن أبى بعد ذلك إبطاله وورد مثله فى الاسعاف . فهذا يدل على جواز المهايأة بالتراضى وأنها غير لازمة ، والتصوير فى المهايأة المكانية ، ولم يفرق فيها بين أرض خراجية ولا أرض عشرية . وفى القنية ضيعة موقوفة على الموالى فلهم قسمتها قسمة حفظ وعمارة لا قسمة تملك . وعن أبى يوسف إذا كانت الأرض عشرية جازت مهاياتهم وإن كانت خراجية لا يجوز ونقل أيضاً أنه إذا قسم الموقوف عليهم الأرض الموقوفة عليهم فلأحدهم إبطالها كما نقل أيضاً : أرض موقوفة بينهما قسماها وأجر أحدهما حصته فالأجر بينهما وقيل المؤجر . وهذا يدل على أن فى قسمة المهايأة لا يجوز للمقتسم الاستغلال بالأجرة ويجوز له الانتفاع بنفسه . واستخلص ابن عابدين فى رد المحتار من معنى المهايأة وطبيعتها أنه لا تجوز استدامتها بل يجب نقضها أو استبدال الأماكن بعضها ببعض إذ لو استديمت صارت من القسمة الممنوعة بالإجماع لتأديها فى طول الزمان إلى دعوى الملكية أو دعوى كل منهم أو بعضهم أن ما فى يده موقوف عليه بعينه . ونظراً لهذا الاختلاف حاول المتأخرون التوفيق بين هذه النصوص ، فذهب الرملى إلى حمل النصوص المانعة من القسمة على قسمة التملك ونقل عن فتاوى الحلبى أن قسمة التناوب جائزة ، وقد سبق الرملى إلى مثل هذا التوفيق الطرسوسى فى أنفع الوسائل . وقال ابن عابدين إنه قد يوفق بأن المنع محمول على قسمة الجبر وأن الجواز محمول على قسمة التراضى غير اللازمة . وقال الرافعى فى تقريره إن الأظهر حمل ما فى الخصاف على ظاهر الرواية وفى الوقف للغلة وما فى الأسعاف وغيره على المنقول عن أبى يوسف من جواز المهايأة المكانية

فى الدار الموصى بغلتها . وكل هـذه التوفيقات سقيمة والمقام لا يتسع لمناقشتها .

٥٣٥ — أما قسمة الموقوف بين الموقوف عليهم قسمة رقاب واختصاص فالمذهب أنها لا تجوز أصلاً ولو كان المستحقون أولاد الواقف لأنه لا حق لهم فى العين وإنما حقهم فى الغلة ، ونقل الإجماع على ذلك فى الذخيرة والكافى والمحيط والخلاصة وغيرها . ولـكن الطرسوسى نقل أن قاضى القضاة شمس الدين ابن الحريرى قسم وقفاً بين مستحقيه وقال إنه لا يعلم حقيقة ما فعل ، فإن كانت قسمة مهايأة منهم بالتراضى وهو لم يفعل سوى إثبات ما كان منهم فقد يقال فيه بالجواز على قول مرجوح وهو أن الثبوت ليس بحكم ، وإن كان أذن وقسم ومسح وعدل وحكم بها أو أثبتها بلاحكم فكل ذلك لايجوز . كما نقل أن جده نائب ابن الحريرى وهو القاضى شمس الدين ابن العز قسم وقف ابن السلعوس بين مستحقيه وحكم بذلك ، وأن ولد جده وهو القاضى علاء الدين قسم وقف بهاء الدين الحنفى بين مستحقيه وجمع فيه بين الجنس المختلف مثل الحانوت مع الضيعة والأرض مع الدار وقسم ذلك قسمة جمع بين مستحقيه وحكم بصحة القسمة ولزومها حالاً ومآلا ، وأنه سأله قبل الحـكم عن النقل فقال إنه لايعرف فيها نقلا ولـكن والده فعل هذا وقال له أن يعتمد فى هذا على النقل . ونقل الطرسوسى أقوال الفقهاء وأطال فى الرد وقال إن هذه القسمة لا تجوز على قول الإمام وصاحبيه وليس لها سند من تخريج أو قول ضعيف ، بل هى فعل يجب نقضه .(١)

٥٣٦ مذهب المالكية — قال الدسوقى فى حاشيته على الشرح الـكبير : وأما الحبس فاعلم أنه لايجوز قسم رقابه اتفاقاً ، وأما قسمته للاغتلال بأن يأخذ هذا كراءه شهرا مثلا والآخر كذلك فقيل يقسم ، ويجبر من أبى لمن طلب ، وينفذ بينهم إلى أن يحصل ما يوجب تغيير القسمة بزيادة أو نقص يوجب التغيير ، وقيل لا يقسم بحال وهو مايفيده كلام الإمام فى المدونة ، وقيل يقسم قسمة اغتلال

(١) أنفع الوسائل / ٨٤ وما بعدها ، فتح القدير جـ ٥ / ٤٦ ، القنية / ١٣٣ ، البحر جـ ٥ / ٢٢٤ ، إجابة السائل / ٤٩ ، رد المختار جـ ٣ / ٤٠١ ، تقرير الرافعى جـ ٢ / ٧٩.

بتراضيهم فإن أبى أحدهم القسمة لايجبر عليها فغاير القول الأول . واستظهر الحطاب القول الثالث ، وسواء على ما استظهره قسم قسمة اغتلال أو قسمة انتفاع بأن ينتفع كل واحد بالسكنى بنفسه أو بالزراعة بنفسه مدة ، وإن كانت الأقوال الثلاثة إنما هى فى قسمة الاغتلال [1] .

٥٣٧ — مذهب الشافعية : قال ابن حجر فى التحفة أن قسمة الوقف بين أربابه تمتنع مطلقاً لأن فيه تغييراً لشرطه ، نعم لا منع من مهايأة رضوا بها كلهم إذ لا تغيير فيها لعدم لزومها ، وجزم الماوردى بأن الواقف لو تعدد جازت القسمة كما فى قسمة الملك عن الوقف واعتمده البلقينى ، وعليه فيظهر أن محله حيث لا رد فيها من أحد الجانبين لاستلزام استبدال جزء وقف بجزء وقف آخر وهو ممتنع مطلقاً وبه يفرق بين هذا و بين ما مر فى قسمة الوقف عن الملك من جواز رد أرباب الوقف لأنه لا يلزم عليه ذلك ، و يؤخذ من هذا أن الواقف لو تعدد واتحد الموقوف عليهم جازت إفرازاً بشرط عدم الرد من أحد الجانبين لاستلزام لاستبدال ولو مع اتحاد المستحقين بخلاف مالو اتحد الواقف واختلف الموقوف عليهم فلا يجوز مطلقاً [2] .

٥٣٨ — مذهب الحنابلة : عرفت أن فقهاء المذاهب الثلاثة متفقون على أن قسمة أعيان الوقف بين المستحقين لا تجوز ، والسر فى ذلك اتفاقهم على أن الموقوف عليه لا ملك له فى العين وحقه فى المنفعة فإذا جازت له قسمة فإنما تجوز فى المنافع التى يملكها وهذه هى قسمة المهايأة ، كما أن بعضهم راعى فوق ذلك معانى أخرى . أما الحنابلة فلهم فى الملكية أقوال ثلاثة أشهرها أنه ملك للموقوف عليه ، فمن يذهب منهم إلى أنه لا ملك للموقوف عليه يمنع حتما قسمة الوقف بين أربابه قسمة الأملاك . وعلى القول بملكية الموقوف عليه كان القياس أن تجوز لولا مانع آخر ، وهو أنهم يقولون بلزوم الأوقاف فى الأعيان ولا يجيزون الاستبدال

---

(١) جـ ٣/٥٠٠ (٢) جـ ٤/٣٠٦ .

ولذلك منعوا القسمة بين الملك والوقف ، ومن تسامح فى هـذا للضرورة أجاز القسمة ، ويظهر ذلك جلياً مما يأتى :

قال تقى الدين ابن تيمية فى الاختيارات : إذا وقف قسطاً مشاعاً مما لا يمكن قسمة عينه فأنتم بين أمرين ، إما بيع النصيب الموقوف ، وإما إبقاء شركة لازمة. وجوابه إما الفرق ، وإما الالتزام . أما الفرق فيقال الوقف منع من نقل الملك فى العين فلا ضرر فى شركة فى عينه ، وأما الشركة فى المنافع فتزول بالمهايأة أو المؤاجرة عليهما . والالتزام أن يجوز مثل هذا ، أى جعل الوقف مفرزاً ، تقديماً لحق الشريك ، كما لو طلبت قسمة العين وأمكن فإننا نقدم حق الإفراز على حق الوقف . ومن قال هـذا ينبغى له أن يقول بقسم الوقف وإن قلنا القسمة بيع ضرورة . وقد نص أحمد على بيع الشائعة فى الوقف والاعتياض عنها . ومن تأمل الضرر الناشىء من الاشتراك فى الأموال الموقوفة لم يخف عليـه هذا[1] .

وفى كشاف القناع : وقسمة الأجبار إفراز حق أحدهما من الآخر لا بيع ، فيصح قسم وقف بلا رد من أحدهما على الآخر إذا كان الوقف على جهتين فأكثر لأن الغرض التمييز ، فأما الوقف على جهة واحدة لا تقسم عينه قسمة لازمة اتفاقاً لتعلق حق الطبقة الثانية والثالثة وما بعدها ، لـكن تجوز المهايأة فيه الموقوف عليهم بالزمان والمكان ، وهى قسمة المنافع . قاله الشيخ تقى الدين عن الأصحاب ، وهذا وجه ، وظاهر كلام الأصحاب لا فرق ، قال فى الفروع وهو أظهر . وفى المبهج لزومها إذا اقتسموا بأنفسهم أو تهايأوا[2] . وفى شرح المنتهى : وقسم الموقوف ولو كان موقوفاً على جهة فى اختيار صاحب الفروع ، قال عن شـيخه الشيخ تقى الدين صرح الأصحاب بأن الوقف إنما تجوز قسمته إذا كان على جهتين فأما الوقف على جهة واحدة فلا تقسم عينه قسمة لازمة اتفـاقاً لتعلق حق الطبقة الثانية والثالثة ، لـكن تجوز المهايأة بلا مناقلة ، ثم قال والظاهر أن ما ذكره شيخنا عن الأصحاب وجه ، يعنى كنظيره من الوجوه المحكية ، قال وظاهر كلامهم ،

(١) ص ٢٠٧ (٢) جـ ٤/٢٢٢.

أى الأصحاب ، لا فرق بين أن يكون الوقف على جهة أو جهتين ، قال وهو أظهر ، وفى المبهج لزومها إذا اقتسموا بأنفسهم اهـ . قلت ما ذكره الشيخ تقى الدين أظهر وجزم به فى الإقناع والله أعلم . وإنما تصح قسمة الوقف إذا كان على جهة أو أكثر بلا رد عوض من أحد الجانبين لأن العوض إنما يرده من يكون نصيبه أرجح فى مقابلة الزائد فهو اعتياض عن بعض الوقف كبيعه[(1)] .

هذا هو كلامهم ، والحق أنه متى كان الموقوف عليه مالكا لحصته من الموقوف وجاز التسامح فى مسألة الاستبدال للضرورة ، لم يبق محل تردد فى إجازة القسمة ، أما القول بمنعها لتعلق حق الطبقات المقبلة ، فهو كقول الشافعية إن فى القسمة تغييراً لشرطه ، وكل منهما لم أفهم المقصود منه ، وماذا يضر الطبقات المقبلة ما دامت القسمة عادلة ، وأى تغيير للشرط فى القسمة . وقد اعتمد القانون على القول بجواز القسمة الذى استظهره صاحب الفروع وجرت عليه متون المتأخرين وهو مفرع على ما سمعت ، ومتى تمت القسمة على هذا الأساس كانت الأنصبة أوقافاً مستقلة لأنها فى الحقيقة قسمة أملاك وإن كان الملك ناقصاً .

٥٣٩ – والأخذ بمبدأ قسمة الوقف بين مستحقيه كان محل ترحيب من البداية للنهاية للاعتبارات التى أشارت إليها المذكرة التفسيرية ، وهى أن الموقوف عليهم يحسون بمرارة ما يقع عليهم من حيف النظار وجورهم ويرون أنهم ممنوعون من إدارة أموال هم أحق برعايتها والمحافظة عليها ، كما أن مصلحة الوقف والمستحقين فى أن يستقل كل منهم بنصيبه يرعاه ويستغله بالطرق التى يرى فيها خيره وخير ذريته .

وما طرأ على أحكام القسمة وعلى الصياغة فى المراحل التى مر بها القانون قد ورد فى ثنايا ما سبق .

---

(١) جـ ٢٩٩/٤ .

النظر على الوقف

٥٣٩ — النظر على الوقف هو الولاية عليه . وهى وصف أى سلطان يثبت لصاحبه بمقتضاه الحق فى وضع اليد على أعيانه والقيام على حفظها وتحصينها وإصلاحها وعمارتها ، والحق فى إدارته واستغلال أعيانه وتوزيع غلاته على مستحقيها ، والحق فى التعاقد نيابة عنه وتمثيله فيما يدعى له وعليه ، إلى غير ذلك من الحقوق والواجبات التى ترسم حدودها وتعين أوضاعها الأحكام التى يخضع لها . والنظر على الوقف ، أو الولاية عليه ، نوعان ، ولاية عامة وهى التى تثبت للحاكم وللقاضى من طريق الحكم والقضاء ، وولاية خاصة وهى ولاية الواقف وولاية المتولى الخاص ، كانت مستمدة من الواقف أو من القاضى أو من طريق آخر ، والولاية الخاصة على الوقف مقدمة بوجه عام على الولاية العامة . والمتأخرون من الفقهاء قد استعملوا النظر والناظر فى الولاية والمتولى تبعاً للاستعمال العام الذى انتشر فى العصور الأخيرة ، أما المتقدمون فإنهم كانوا يستعملون فى هذا المعنى كلمات ، الولاية ، والمتولى ، والوالى ، والقيم ، وقد كاد هذا الاستعمال ينقرض فى عصرنا ، وقد كان المشروع الأول لهذا القانون قد جعل هذا العنوان « الولاية على الوقف » ولكن لجنة العدل بمجلس الشيوخ استبدلت به هذا العنوان رعاية للاستعمال الشائع . والنظر على الوقف عند الإطلاق فى الاستعمال القضائى لا يتناول الولاية العامة ولا يتناول إلا الولاية الخاصة ، على أنه قد يتناول ولاية الواقف تارة وقد لا يتناولها تارة أخرى ، وقد سار هذا القانون على هذا السنن ، فهو تارة يطلق الناظر ويريد منه مايشمل الواقف وغيره ، وتارة يريد منه الناظر غير الواقف ، كان مولى من قبله أو من قبل القاضى ، وتارة يريد منه المولى من قبل القاضى خاصة . والنظر على الوقف لا يشمل إلا الولاية المطلقة ، فلا يشمل الولاية التى لا تستعمل إلا مقيدة كولاية الناظر الحسبى والمشرف إذا كانا بمعنى المستشار المرشد الذى ليس له رأى ملزم أو الذى لا يعمل الناظر إلا برأيه وما يشير به

لـكنه هو لا يعمل ، ولا يشمل أيضاً ما يملـكه أرباب الوظائف كالمباشر والجابى والشاد والناظر بمعنى رئيس العمال المشرف على أعمالهم .

٥٤٠ — ومباحث الولاية على الوقف كثيرة جداً ومتشعبة ، ومن أحكامها ما هو مجموع ومنها ما هو منثور ، ومن زمن بعيد قد عنيت بجمعها وكتبت فيها كتاباً مفرداً . وهذا القانون لم يتناول من أحكامها إلا النذر اليسير ، وهو ما تبين للجنة الأحوال الشخصية أنه كان من مواضع الشكوى أو دعت إليه الحاجة فى حكم آخر .

ا — إقرار الناظر لغيره بالنظر

مادة ٤٤ — يبطل إقرار الناظر لغيره بالنظر على الوقف منفرداً كان أو مشتركا .

٥٤١ — الأصل المتفق عليه بين الفقهاء أن الإقرار حجة قاصرة على المقر ولا يتعدى أثره إلى غيره . كما أن من المتفق عليه أن من حق الواقف أن تنفذ إرادته فى وقفه وأن يعمل فيه بشرطه مادام شرطا جائزاً لم يوجد ما يقضى بمخالفته. وكان من مقتضى هذين الأصلين أنه إذا أقر المشروط له النظر بأن هذا النظر لغيره ألا يثبت النظر للمقر له من طريق هذا الإقرار . ولـكن فقهاء الحنفية قد احترموا هذا الإقرار وعملوا به وأثبتوا النظر للمقر له ، وقد كان ذلك منهم لأنهم حملوا حال المقر على الصلاح وأنه لم يقدم على هذا الإقرار إلا لأنه هو الحق والواقع ولم يكن منه إلا لأمر عرفه عن الواقف وإن لم يصرح المقر بذلك فى إقراره وقوى جانب الصدق فى نظرهم أنه بهذا الإقرار يبطل حقاً ثابتاً له فى الظاهر فانتفت التهمة . ومع أن من متأخريهم من نازع فى العمل بهذا الإقرار فى كل الأحوال ، وقال إن إطلاق الفقهاء القول بالعمل بالإقرار مقيد بقيود يعرفها الفقيه وإن كثيراً من أقارير هذا النوع يكون كاذباً ومبنياً على أغراض فاسدة فلا يعمل به ،

ومع هذا كان العمل يجرى باطراد على العمل بهذا الإقرار مهما كانت الحال ومن غير نظر إلى أى ظرف من الظروف .

وهذا القانون قد راعى أن من النظار من اتخذ الإقرار لغيره بالنظر وسيلة للفرار من نتائج دعوى العزل ، فإذا أحس الناظر الذى طلب عزله بسوء موقفه عمد إلى هذا الإقرار تخلصاً من الحكم بعزله وتسجيل العجز أو الخيانة عليه بقرار باق له آثاره السيئة ، بينما التنازل عن النظر لا يسعفه فقد لا ترضى المحكمة بقبوله ، وكثيراً ما يكون ذلك ، فيبقى ناظراً لأن العمل قد جرى على التحقيق من أن المشروط له النظر لا يخرج إلا بالإخراج . وراعى أيضاً أن من النظار من يبيع حقه فى النظر من طريق هذا الإقرار ، كما راعى أن منهم من يريد الانتقام من المستحقين فيسلط عليهم من طريق هذا الإقرار ذا شوكة أو عاتياً جباراً يأكل حقوقهم ويسومهم سوء العذاب ، راعى كل هذا وراعى غيره من الأغراض الممقوتة ، كما راعى أن التوثيق قد انتشر فى العصور الأخيرة ، وأنه اشترط من زمن بعيد لسماع الدعوى بمثل هذا الشرط ، وأنه قد أصبح بمقتضى الأحكام التى اشتمل عليها هذا القانون شرطا فى صحة أهم التصرفات المتعلقة بالوقف ، وأن فكرة أن المقر لم يحمله على هذا الإقرار إلا أمر عرفه عن الواقف فكرة خيالية وأن خلو كتاب الوقف مما يؤيد هذا الإقرار قرينة قوية على كذبه ، فعدل عن مذهب الحنفية فى أمره وأخذ ببطلانه من الأساس ، فلا يثبت النظر للمقر له بواسطته كما أن المقر نفسه لا يعامل به فيبقى ناظراً كما كان ، وهذا هو حكم الأقارير الكاذبة التى لا يكون لها أثر لا بالنظر للمقر له ولا بالنظر للمقر .

٥٤٢ — ولم يسلك الشارع هنا ما سلكه فى الإقرار بالنسب فلم يجعل الحكم عدم التعدى كما صنع هناك بل جعله البطلان ، ولم يقصره على حالة التهمة كما اقتصر هناك بل جعله حكما عاما شاملا لجميع الأحوال فليس لأحد أن يبحث بعد ذلك فيما إذا كان هذا الإقرار إقراراً صادقاً أو إقراراً كاذباً فيه تهمة أو ليست فيه تهمة ، لأن الشارع قد افترض أنه دائماً من الأقارير الكاذبة .

والمشروط له النظر يبطل إقراره به لغيره ، كان إقراراً بنظر تام أو بنظر على وجه الاشتراك ، فلو أقر الناظر لواحد أو أكثر بأنه أو أنهم يستحقون النظر على هذا الوقف وحدهم دونه ، أو أقر له أولهم بأنهم شركاء فى النظر معه بطل إقراره ولا يثبت له أولهم ما أقر به ويبقى هو ناظراً دونهم .

٥٤٣ — والناظر فى الأصل من المشتقات ولكنه بالاستعمال أجرى مجرى الأسماء ، ويراد منه من له الحق فى النظر على الوقف ، جاءت نوبة استحقاقه واستحق النظر بالفعل أو لم تجىء نوبته ، فلو كان النظر مشروطاً لزيد ثم لبكر ، وكان النظر الفعلى لزيد فأقر بكر إذ ذاك بأن النظر على هذا الوقف بعد زيد لإبراهيم بطل إقراره ، حتى إنه إذا مات زيد كان النظر لبكر هذا المقر ولا يكون لإبراهيم . ولو سلم أن الناظر فى هذه المادة لا يشمل إلا من استحق النظر بالفعل يبطل هذا الإقرار أيضاً ، لأنه متى استحق النظر بطل هـذا الإقرار لأنه صار إقرار مستحق للنظر بالفعل وليس من شرط بطلانه أن يكون قد صدر منه وهو ناظر فعلا ، على أنا لو قلنا باشتراط ذاك ، كانت المادة مفيدة لحكم الإقرار الصادر من ناظر فعلى بالعبارة ، وللإقرار الآخر بالدلالة .

والناظر يشمل الناظر المنفرد بالنظر والناظر المشترك فيه مع غيره ، فلو أقر أحد النظار بأن فلاناً له حق النظر معهم أو أنه صاحب الحق فيه وحده دونهم وأن له الحق فيه مع الباقين دونه كان إقراره باطلا .

ويشمل أيضاً الناظر بالشرط ومنصوب القاضى ، فلو أن هذا أقر بأن النظر على الوقف لرجل سماه دونه ودون غيره من سائر الناس لأمر عرفه عن الواقف ولزمه الإقرار به كان هذا الإقرار باطلا ، لأنه إقرار من ناظر بالنظر لغيره ، ولا يمنع من شموله أن سبب التشريع كان ما يصدر من المشروط لهم النظر ، وأن إقرار منصوب القاضى لا يعرف أنه وقع .

والواقف يطلق عليه اسم الناظر وبخاصة إذا كان قد شرط النظر لنفسه فى عقدة الوقف فهو مما يشمله اسم الناظر هنا ، ولا يمنع من هذا أن الحكم لم يقرر

إلا لحماية إرادة الواقفين وأن للواقف الحق المطلق فى تغيير مصارف وقفه وشروطه ومن بينها شرط النظر ، وذلك لأن من أصل هذا القانون ألا يحترم إرادة الواقف إذا لم تكن صريحة ، وأن تغييره فى مصارف وقفه وشروطه لا يجوز إلا إذا كان صريحاً ، فإذا أراد أن يجعل للمقر له حق النظر فى حياته أو بعد موته فليسلك السبيل الواضحة وليجتنب هذه الطريقة الملتوية .

٥٤٤ — وإقرار الناظر لغيره بالنظر كله باطل ، حصل فى مجلس القضاء أو خارجه ، كان إقراراً بالنظر صراحة أو على وجه اللزوم . فلو أنه وقف على ابنيه وشرط النظر لأرشدهما أو لأتقاهما أو لأعلمهما ، وأقام القاضى إحدهما فى النظر لأنه لم يظهر تحقق الشرط فى واحد منهما ، وادعى الآخر على من أقيم ناظراً استحقاقه للنظر ، فأجاب عن دعواه مقراً بأن المدعى هو الأرشد أو الأتقى أو الأعلم وإن لم يصرح بأنه صاحب الحق فى النظر بطل إقراره ، لأن إقراره له بما ذكر إقرار له بالنظر على وجه اللزوم فيكون باطلاً طبقاً لحكم هذه المادة لأنه إقرار الناظر بالنظر لغيره ، وإذ ذاك لا يكفى هذا الإقرار للحكم للمدعى وعليه أن يقيم الدليل على مدعاه . وكذلك يكون الحال لو أن أحدهما ادعى تحقق الوصف فيه وأثبت ذلك وحكم له باستحقاق النظر ، ثم جاء الآخر بعد فترة وادعى استحقاق النظر لأنه صار الأرشد أو الأتقى أو الأعلم فأقر الناظر المدعى عليه بذلك لا يعمل بإقراره لأنه إقرار الناظر لغيره بالنظر ، وإن كان على وجه اللزوم ، فيكون إقراراً باطلاً .

٥٤٥ — والحكم هنا قاصر على إقرار الناظر دون إقرار غيره ، وعلى إقراره بالنظر دون غيره وإن كان أمراً متعلقاً بالنظر . فلو كان النظر مشروطاً للأرشد من طائفة معينة فأقروا لأحدهم بأنه أرشدهم وأنه صاحب الحق فى النظر بشرط الواقف لم يطبق حكم هذه المادة على هذا الإقرار وإن كان إقراراً بالنظر لأنه ليس إقرار الناظر . ولو طلب أحد مستحقى الوقف إنهاء ولاية الناظر لأنه أجنبى وفى المستحقين من يصلح له فأقر الناظر بذلك لم يطبق الحكم الوارد هنا على هذا الإقرار ، لأنه ليس إقراراً بالنظر وليس إلا إقراراً بما يقتضى إنهاء ولايته

هو ثم يقام بعد ذلك من يقام فإقراره لا يثبت نظراً لأحد لا وضعاً ولا التزاماً .
ولا يطبق هذا الحكم أيضاً على إقرار الناظر لغيره بالنظر الحسبى بمعنى الإشراف ولا بالإشراف ولا بأى عمل آخر من الأعمال المتعلقة بالوقف وفيها معنى الولاية الجزئية ، لأن النظر فى المادة مطلق ، وهو عند الإطلاق لا يتناول هذه الأنواع من الولاية ، ولا يطبق أيضاً على إقرار الناظر بزوال وصف النظر عنه .

وحكم هذه المادة لا يطبق أيضاً على ما يتعلق بالنظر عدا الإقرار به . فلا يطبق على التنازل الصريح عن النظر ، ولا على الفراغ عنه ، ولا على التفويض فيه ، فكل هذه إنشاءات وليست بأقارير .

٥٤٦ — ولا يراد من إبطال الإقرار بالنظر وإبقاء وصف النظر للمقر إلا حماية إرادة الواقفين لا حماية المقرين . فإذا كان هذا الإقرار ينطوى على ما يقتضى أنه غير أهل للنظر أو يوجب مؤاخذته عومل بذلك ، والحكم ببقاء النظر له لبطلان الإقرار وعدم معاملته به لا يمنع من عزله أو الضم إليه بسبب هذا الإقرار إذا تضمن ما يقتضيه .

٥٤٧ — وحكم هذه المادة يطبق على جميع الأوقاف حتى الواردة بالمادة ٦١ ويطبق فى الحوادث اللاحقة وفى الحوادث السابقة وإن صدر بمقتضاه حكم قضائى لأن نفاذ الأحكام السابقة على القانون بين طرفى الخصومة خاص بغير الولاية على الوقف .

والمشروع الأول لهذا القانون كان مشتملاً على بطلان الاقرار مع معاملة المقر به ، أى أن الحكم كان فى الواقع هو عدم تعدى أثر الإقرار إلى الغير بإثبات الولاية له من طريقه ، وقد أقره مجلس الشيوخ على هذا الوضع ، أما لجنة التنقيح فإنها أخذت بالبطلان الشامل مراعاة لأنه من الأقارير الكاذبة فيجب أن يبطل بجميع أجزائه ، ولم يطرأ على ذلك أى تعديل ولم يوجه إليه أى اعتراض حتى صدر القانون .

٢ – استدانة الناظر على الوقف

مادة ٤٥ – لا يجوز للناظر أن يستدين على الوقف إلا بإذن المحكمة الشرعية ، وذلك فيما عدا الالتزامات العادية لإدارة الوقف واستغلاله .

تفسير الاستدانة

٥٤٨ – اشتملت هذه المادة على بيان القاعدة العامة فى استدانة الناظر على الوقف والحالة المستثناة منها ، ولكن معنى الاستدانة لم يرد فى هذا القانون ، لا فى هذه المادة ولا فى غيرها ، فالمرجع فى معرفته هو مذهب الحنفية ، وقاضيخان قد عرض لتفسير الاستدانة فى موضعين من فتاواه ، فقال فى الأول منهما إن القيم لا يملك الاستدانة إلا بأمر القاضى ، وتفسير الاستدانة أن يشترى للوقف شيئاً وليس فى يده شىء من غلة الوقف ليرجع بذلك فيما يحدث من غلته ، أما إذا كان فى يده شىء من غلات الوقف واشترى له شيئاً ونقد الثمن من مال نفسه ينبغى أن يرجع بذلك فى الغلة وإن لم يكن ذلك بأمر القاضى ، وقال فى ثانيهما : وليس للقيم أن يستدين بغير أمر القاضى ، وتفسير الاستدانة ألا يكون للوقف غلة فيحتاج إلى القرض والاستدانة ، أما إذا كان للوقف غلة فأنفق من مال نفسه لإصلاح الوقف كان له أن يرجع بذلك . وقد استنبط صاحب البحر وغيره من مجموع هذا الكلام ومما جاء فيها وفى غيرها مما يتصل بذلك أن استدانة القيم التى تكلموا فيها وقالوا إنها متوقفة على إذن القاضى منحصرة فى الاستقراض وفى الشراء بالنسيئة إذا لم يكن للوقف غلة واحتاج إلى ما لا بد منه ، وأنها لا تشتمل ما عدا هذين .

٥٤٩ – فلو اشترى القيم بالنسيئة ما يحتاج إليه فى عمارة الوقف وفى زرعه كالبذر والماشية والآلات ، أو استقرض مالاً لينفقه فى شىء أو ليؤدى منه الخراج أو أجور العمال كان ذلك استدانة لا تجوز إلا بإذن القاضى . أما إذا أنفق من ماله فى شىء مما ذكر لا يكون استدانة تحتاج إلى الإذن ، لأن الاستدانة محصورة

فى هذين الأمرين والانفاق من ماله ليس منهما والأمر فى هذا واضح لأن المنفق هو صاحب المال فلا يسمى مديناً والغلة لا ذمة لها حتى تسمى مدينة وليست إلا محلا لوجوب أدائه فلا مدين ولا يمكن أن يستقيم معنى الاستدانة إلا إذا قلنا إن لجهة الوقف ذمة حكمية يثبت فيها الدين ، ولأنهم نصوا على أن القيم إذا أنفق من ماله فى عمارة الوقف أو أدخل فيها ما هو ملك له كالخشب ليرجع بذلك فى الغلة كان له الرجوع ديانة لكن لو ادعى ذلك لا يقبل منه بل لا بد من أن يشهد بأنه أنفق ليرجع ، وقال الحانوتى إن كلامهم هذا يقتضى أن ذلك ليس من الاستدانة على الوقف و إلا لما جاز إلا باذن القاضى ولم يكف الاشهاد . وهذا ، إذا كان فى يد القيم من غلة الوقف ما يمكن أن ينفقه فى ذلك ، لا يعرف فيه خلاف ولا نزاع ، أما إذا لم يكن فى يده شىء من الغلة أصلا أو كان فى يده غلة لا يمكن إنفاقها فى ذلك وليس من الميسور بيعها فمقتضى الحصر السابق و إطلاق النصوص وما جاء فى القنية أنه ليس من الاستدانة أيضاً ، فى القنية قيم أنفق فى عمارة المسجد من مال نفسه ثم رجع بمثله فى غلة الوقف جاز سواء كانت غلته مستوفاة أو غير مستوفاة . وهذا هو الذى جرى عليه كلام المتأخرين ودرج عليه ابن عابدين فى تنقيح الحامدية ، غير أنه فى حاشيتيه على البحر وعلى الدر المختار أخذ من مجموع كلامى الحاشية أنه لو أنفق من ماله أو اشترى مع وجود مال للوقف يرجع ولو بلا أمر قاض و إن لم يكن معه مال للوقف فاشترى أو أنفق لا يرجع إلا بأمر ، وذهب إلى أن النصوص المطلقة ينبغى تقييدها بذلك وأنه يتم بذلك التوفيق بين عباراتهم وقال فى فرع القنية المار أن الظاهر أنه مبنى على رواية عدم اشتراط الأمر من القاضى ، وذهب إلى أن القرض فى عبارة الخانية الثانية معناه الإقراض أما الاستقراض فمندرج فى النسيئة وقد رد الرافعى عليه ذلك ولا أعرف أن أحداً آخر ذهب إلى التفصيل الذى ذهب إليه . والحق عندى أن وجهة نظر ابن عابدين سليمة وقوية فى ذاتها وهى ما ينبغى أن يكون لأن الحاجة إلى إذن القاضى لم تكن إلا لمراقبة تصرف القيم ، ولا فرق فى هذا بين استقراضه أو شرائه

بالنسيئة وانفاقه من ماله ، ولكنه تحمل فى ذلك تكلفاً وأول عبارات الفقهاء تأويلا بعيداً ، وليس أمامنا إلا الأخذ بما تدل عليه عبارات الفقهاء دلالة واضحة واعتبار الإنفاق من ماله ليس من الاستدانة كانت هناك غلة أو لم تكن وأنه يملكه بلا أمر من القاضى .

٥٥٠ — وقد اختلف فى صرف القيم من ماله للمستحقين ليرجع به إذا حدثت الغلة والتحقيق أنه ليس من الاستدانة ولا يحتاج إلى رجوع إلى القاضى . ولكن الاستدانة لهم لا تجوز ولو بإذن القاضى لأن من شرط إذنه بالاستدانة أن تكون لأمر لا بد منه للوقف وليس من ذلك الصرف للمستحقين قبل حدوث الغلة .

ولم أر أن أحداً تعرض لاستئجار القيم بأجرة مؤجلة والظاهر من الحصر أنه ليس من الاستدانة وأن الناظر يملكه من غير حاجة إلى إذن القاضى .

٥٥١ — وفى الخيرية أن إنفاق مأذون الناظر كانفاقه ليس من الاستدانة فيملك الناظر الإذن به من غير حاجة إلى إذن القاضى ويرجع المأذون بما أنفق فى غلة الوقف . وما ذهب إليه الخير الرملى تؤيده إطلاقات الفروع الكثيرة ، ففى جامع الفصولين أن ساكن الحانوت الموقوف إذا بنى فيه بأمر متوليه على أن يرجع فى غلة الوقف كان البناء للوقف ويرجع بما أنفق (١) . وفى البحر عن

---

(١) فى جامع الفصولين وحاشية الخير الرملى عليه والبحر وغيرها أن الأصل أن من بنى فى دار غيره بأمره وعلم بطريق من الطرق ولو بالقرائن أنه يبنى لنفسه فالبناء له ، وإن علم أنه يبنى للمالك فهو للمالك ويرجع بما أنفق إذا اشترط الرجوع أما إذا لم يشترطه فقد اختلفوا فيه والتحقيق أنه له الرجوع ما لم يصرح بالتبرع فإن صرح به فلا رجوع له . وإذا بنى بغير أمر وعلم أنه يبنى للمالك كان متبرعا ، وإن كان يبنى لنفسه كان غاصباً والبناء له تطبق عليه أحكام البناء والغراس فى الأرض المغصوبة . وكل ما ذكر يجرى فى الوقف كما يجرى فى الملك .

والناظر يملك الإذن بالعمارة وإحداث البناء والغراس فى الوقف ليكون لجهة الوقف أو للمستأجر ولا يحتاج فى ذلك إلى إذن القاضى . لكن لا يحل له إذن المستأجر بإحداث بناء أو غراس له إلا إذا كان ذلك مما يزيد به الوقف خيراً . ولو عمر المستأجر الوقف بإذن الناظر ولم يكن اشترط الرجوع لا يرجع إذا كان معظم منفعة هذه العمارة عائداً عليه . ولا يملك الناظر إحداث البناء ولا إذن غيره بإحداثه من الغلة أو ليرجع بقيمته فيها بدون رضا المستحقين إذا كان بناء زائداً على ما كانت عليه العين الموقوفة حين الوقف لأن الغلة حقهم وإحداث =

القيمة إذا قال القيم أو المالك لمستأجرها أذنت لك فى عمارتها فعمرها بإذنه يرجع على القيم . أما ابن عابدين فإنه نقل فى تنقيح الحامدية فتوى الحانوتى فى إنفاق الناظر ، وأعقب ذلك بقوله والحاصل أن إنفاق المتولى من ماله على الوقف ليس من الاستدانة المتوقفة على إذن القاضى لأنها منحصرة فى الاستقراض والشراء

= مثل هذا البناء ليس واجباً فيهما اللهم إلا إذا تعينت مصلحة الوقف فيه أما إذا لم يكن على هذا الوجه وكان فيه مصلحة تعود على الوقف أو على المستحقين فانه ممكن. فانشاء طبقة جديدة فى الدور الموقوفة من الغلة لا يكون إلا برضا المستحقين ، أما إنشاؤها من غير الغلة فلا يتوقف على رضاهم إذ لا ضرر يلحقهم فيه وفيه نفع لهم ولمن بعدهم ، أما إنشاء دور فى الأرض الموقوفة القريبة من المصر فانه يملكه على ما صرحوا به ويملك الإذن به . وإذن الموقوف عليه بشىء من ذلك إذا لم يكن ناظراً ، وإذن الناظر بما لا يملك من هذا ، كلاهما كالعدم ، وتطبق على ما أحدث أحكام ما وقع بغير اذن .

وللمأذون بإحداث العمارة أو المبانى للوقف إذناً صحيحاً أن يرجع فى غلة الوقف بما أنفق فى ذلك ما لم يكن متبرعاً ، وإذا كان الإذن مشتملا على إجارة فاسدة كان عليه أجر المثل وله قيمة ما أنفق . فلو أنشأ المأذون طبقة جديدة بالدار الموقوفة على أن يسكنها مدة معينة بقيمة ما أنفق ، كان الإذن بالإنشاء صحيحا وإن لم يأذن به القاضى لأنه ليس من قبيل الاستدانة وكذلك إن لم يرض المستحقون لأن الغلة المستحقة له لم تمس ، ولكن إجارة هذه الطبقة على هذا الوضع إجارة فاسدة لأن المؤجر معدوم حين العقد ، ولأن الأجرة مجهولة وجهالة الأجرة توجب الفساد ، نصوا على هذا فى القواعد العامة وفى نظير هذه الصورة . فإذا بنى المأذون هذه الطبقة وسكنها ، وجب عليه أجر مثلها ووجب له ما أنفق فى بنائها يستوفيه من أجرها لا من الغلات الأخرى بدون رضا المستحقين دفعا للضرر عنهم . وقد نقل ابن عابدين فى التنقيح عن الحامدية عن الفتاوى الكبرى للصدر الشهيد أنه لو وقف داراً على ابنه ثم على ذريته وكانت الولاية عليها لابنه فأجرها بأجر زهيد وأذن المستأجر بعمارتها كان له الرجوع بما أنفق فى العمارة وعليه أجر مثل المدة التى يسكنها ولا عبرة بالأجرة القليلة التى سميت . ووجه ذلك أن الإجارة وقعت فاسدة لأن الأجرة فى الواقع هى ما سمى وما ينفق فى العمارة وهو مجهول . وقال الفقهاء فى امرأة اتفقت مع زوجها على أن يعمر المتهدم ويسكنه فعمر وسكن وماتت الزوجة وطالب ورثتها بالأجرة وطالب زوجها بما أنفق احتسب أجر المثل وما أنفق فإن زادت الأجرة كانت الزيادة تركة وإن زادت النفقة كانت الزيادة دينا له . ووجه ذلك أن السكنى جعلت فى مقابل العمارة ففسدت الاجارة وهو غير متبرع قطعاً فكان له الرجوع بما أنفق لأنه عمر بالأمر ووجب عليه أجر المثل ، وقد قالوا هذا فى متهدم مملوك ، لكن لا فرق فيه بين الملك والوقف كما هو واضح .

« ارجع فى هذا وفيما ورد بالأصل من الأحكام إلى الخانية ج ٣ / ٢٩٨ ، ٣٠٠ — أنفع الوسائل / ١٠٦ — جامع الفصولين ج ٢ / ٢٢١ وما بعدها — البحر ج ٥ / ٢٢٦ — تنقيح الحامدية ج ١ / ٢٣١ — رد المحتار ج ٣ / ٤٥٧ ، ٤٦٢ ، ٤٦٧ تقرير الرافعى ج ٢ / ٩٩ » .

بالنسيئة ، والظاهر أن إنفاق مأذونه كانفاقه لأنه وكيل فلا يتوقف على إذن القاضى ، ثم ذكر حاصل مافى القينة ، وقال : فلم يعتبر الرجوع بإذن القاضى ، وذكر أن أمين الدين بن عبد العال والخير الرملى أفتيا بما فى القينة ، وبعد أن أورد فتوى الرملى قال : فلم يقيد أيضاً بإذن القاضى مع تصريحه بما استظهرناه من أن فعل مأذونه كفعله وما ذاك إلا لكون ذلك كله ليس من الاستدانة كما قررناه ، ويظهر من ذلك أنه إذا أذن للمستأجر بعمارة الدار الضرورية ليكون ما أنفقه مرصداً على الدار وجهة الوقف يكفى ذلك بلا إذن قاض ولا حكم قاض حنبلى ، وهذا خلاف ما عليه أهل عصرنا ومن قبله فليتأمل فى ذلك . وقد أطلق فى التنقيح ولم يخص حالاً دون حال . ولم يتناول هذا الموضوع فى حاشيته على البحر . أما فى رد المحتار فإنه بعد أن تكلم فى إنفاق الناظر وفى أنه ينبغى التقييد بما إذا كان للوقف غلة وفى أن ما ذكره فى إنفاقه بنفسه يأتى مثله فى إذنه للمستأجر أو غيره بالإنفاق وأنه ليس استدانة ، وبعد أن نقل فتوى الخيرية وما فى إجارات التتارخانية عن الحاوى ، فيمن آجر منزلاً لرجل وقفه والده عليه وعلى أولاده وأنفق المستأجر فى عمارته بأمر المؤجر ، من إجابته بأنه إن كان للمؤجر ولاية على الوقف يرجع بما أنفق على الوقف وإلا كان المستأجر متطوعاً ولا يرجع على المؤجر ، بعد أن أورد كل هذا قال : وظاهره مع ما مر عن الخيرية أنه يرجع وإن لم يكن فى يد القيم مال من غلة الوقف وهو خلاف ما قدمناه عن الخانية فيما لو أنفق من مال نفسه ، فلعل ما هنا مبنى على رواية أنه لا يشترط فى الاستدانة إذن القاضى ، وإلا فهو مشكل فليتأمل ، وإذا قلنا ببنائه على ذلك فعلى هذا ما يفعل فى زماننا فى إثبات المرصد من تحكيم قاض حنبلى يرى صحة إذن الناظر للمستأجر بالعمارة الضرورية بلا أمر قاض غير لازم . وهذا مما رده عليه الرافعى أيضاً فى تقريره ، وهو فى إنفاق المأذون لم يجزم جزمه فى إنفاق الناظر نفسه إذ ليس فى عبارة الخانية ما يسنده فى شأنه . وقد أبنت رأيى فيما ذهب إليه من ناحية الفكرة ومن الناحية الفقهية . فالمعول عليه هو إطلاق النصوص لا فهم

ابن عابدين مهما كانت قوته ، والواجب هو القول بأن المذهب هو أن انفاق الناظر من ماله فيما لا بد منه للوقف ، وانفاق غيره فى ذلك بأمره ، ليس من الاستدانة ولا يحتاج واحد منهما إلى إذن من القاضى ، كان فى يد الناظر مال من غلة الوقف أو لم يكن .

٥٥٢ — وليس معنى الاستدانة على الوقف أن يكون الدين متعلقاً برقبة العين الموقوفة كما يتعلق دين الرهن بالمرهون والثمن بالمبيع ، و إنما معنى الاستدانة عليه أن تكون جهة الوقف مطالبة بأداء هذا الدين من الغلة فحسب ، أما رقبة الوقف فلا تعلق له بها ، وذلك لأن ما يستدان له ليس واجباً فى الرقبة بل واجب فى الغلة فيتعلق الدين الذى استدين من أجله بمحل وجوبه وهو الغلة ولا يتعلق بغيره وهو الرقبة . حقاً لقد ورد فى كلام بعض الفقهاء ما يفيد بظاهره أن الاستدانة على العين ، كقول الناطفى أن القاضى يملك الاستدانة على الموقوف ، وقول بعض المتأخرين فى المرصد أنه مرصد على الدار الموقوفة ، ولكنهم لا يعنون ذلك ولا يريدون إلا ما ذكرت كما هو واضح فى عباراتهم أتم الوضوح .

٥٥٣ — وإذا وقعت الاستدانة على الوجه الصحيح الذى ذكره الفقهاء فهل يكون المال الذى أخذ لأجل الوقف ثابتاً فى ذمة آدمى فتتحقق الاستدانة بمعناها الحقيقى أو لا يثبت فى ذمة آدمى ولا يكون إلا مجرد مال متعلق بالغلة ويجب أداؤه لصاحبه منها و يكون إطلاق الاستدانة فى هذه الحال ليس إلا تجوزاً؟. أن هذا المعنى غير واضح فى كلام المتقدمين أما المتأخرون فكلامهم فيه مختلف . لقد منع هلال الاستدانة على الدار الموقوفة إذا احتاجت للعمارة ، لأن العمارة إنما تجب فى الغلة لا فى شىء سواها ، ولأن القائم بأمر الصدقة لا يشبه ولى اليتيم لأن الولى إذا استدان فإنه يستدين على إنسان بعينه والقائم بأمر الصدقة لا يستدين على رجل بعينه . هذا ما ذهب إليه هلال وما علل به ، وهو لم يعرض لكون الدين يمكن أن يجب ابتداء على العين الموقوفة أو لا يمكن وا كتفى بأن بين أن ما يستدان لأجله ليس واجباً فيها ، ولم يعرض لوجوب الدين ابتداء

فى الغلة، ولا لأن الدين لا يجب ابتداء إلا فى الذمة، ولا لأن الوقف لا ذمة له، وإنما تكلم فى أن الدين لا يثبت على إنسان غير معين. أما صاحب الذخيرة، على ما نقل فى البحر، فقد أورد رأى هلال وعلل له بأن الدين لا يثبت ابتداء إلا فى الذمة وليس للوقف ذمة والفقراء وإن كانت لهم ذمة إلا أنهم لكثرتهم لا تتصور مطالبتهم فلا يثبت الدين باستدانة القيم إلا عليه ودين يجب عليه لا يملك قضاءه من غلة هى للفقراء، ونقل عن الفقيه أبى جعفر أنه قال أن القياس هذا ولكن يترك القياس فيما فيه ضرورة، نحو أن يكون فى أرض الوقف زرع يأكله الجراد ويحتاج إلى النفقة لجمع الزرع أو طالب السلطان بالخراج جاز له الاستدانة لأن القياس يترك للضرورة، وأنه قال أن الأحوط أن تكون الاستدانة بأمر الحاكم إلا أن يكون بعيداً عنه ولا يمكنه الحضور إليه فلا بأس بأن يستدين بنفسه، ثم قال صاحب الذخيرة أن الاستدانة تتصور فى أكل الجراد لأن الزرع مال الفقراء وهذا الدين إنما يستدان لحاجتهم فأمكن إيجاب الدين فى مالهم. أن أبا جعفر قال إن القياس يترك للضرورة، ولكن فيم ترك، أفى أن الدين لا يجب ابتداء إلا فى الذمة، أم فى أن الوقف لا ذمة له، أم فى أن الدين إذا وجب فى ذمة القيم لا يملك قضاءه من غلة الوقف؟ لم ينقل عنه بيان شىء من هذا. أما عبارة الذخيرة الأخيرة «فأمكن إيجاب الدين فى ما لهم» فظاهرها يفهم منه أن القياس قد ترك فى أن الدين لا يثبت ابتداء إلا فى الذمة حيث جعل الممكن إيجاب الدين فى الغلة ولم يقل فأمكن قضاؤه منها، ولكن هذا ما لا يمكن الجزم به، وربما قواه قول الناطفى لأن القاضى يملك الاستدانة على الموقوف فيملك المتولى ذلك أيضاً بإذنه، فالظاهر أن القاضى إذا استدان لا يثبت الدين فى ذمته، وما نقل عن الصدر الشهيد والخلاصة والمحيط ليس فيه ما ينفع فى هذا الموضوع.

وقد سئل الخير الرملى فى مستأجر عمر الوقف من ماله بإذن المتولى وانقضت إجارته واستأجره آخر فطلب الأول دينه وليس فى يد المتولى مال للوقف فأذن للثانى بأن يدفع له هذا الدين فدفعه إليه ثم مات المتولى وأقيم متول جديد فأجاب

بأن الوقف لاذمة له وأن الاستدانة من القيم لا تثبت الدين فى الوقف إذ لاذمة له ولا يثبت الدين إلا على القيم ويرجع به على الوقف وورثته تقوم مقامه فى الرجوع عليهم فى تركة الميت ثم يرجعون فى غلة الوقف بالدين على المتولى الجديد.

هذا ما أفتى به، وعندى أنه يؤخذ عليه فى ذلك أنه اعتمد فى فتواه على حجة من منع الاستدانة مطلقاً وهذا لا يصلح مأخذاً لحكم فى مسألة لم يعتبر أصلها من الاستدانة ولا يعرف أن أحداً منعه، و إنفاق مال المأذون الثانى فى أداء الدين كإنفاق مال الأول فى العمارة، إذ كل منهما إنفاق فيما لا بد منه بالإذن فليس من الإستدانة، وعلى فرض أنه استدانه فمن أين جاء بأن القياس ترك من هذه الناحية. ونقل الحامدى عن فتاوى الشلبى، أنه وقع السؤال عن وقف على مسجد أمر ناظره حصرياً بأن يكسو المسجد ويكون ثمن الحصير من ريع الوقف ففعل وعزل الناظر وتولى ناظر آخر فهل يلزمه أداء حق الحصرى لأنه متعلق بريع الوقف أم يلزم الناظر الأول، وأن ناصر الدين اللقانى أفتى بأن الناظر الثانى ملزم بأداء حق الحصرى له من ريع الوقف ولا يلزم ذلك الناظر الثانى لأنه قد عزل، وأن جده وتقى الدين الحنبلى قد وافقا على هذه الفتوى. وحادثة هذه الفتوى استدانة باتفاق لأنها شراء بالنسئية، و إلزام هؤلاء المفتين الناظر الثانى بأداء هذا الدين دون الأول لا يستقيم إلا باعتبار الدين واجباً فى الغلة فحسب وأنه لم يثبت فى ذمة القيم الذى اشترى ولا بأس من إثبات الدين ابتداء فى غير الذمة للضرورة لأنها مما يترك به القياس، وهذا هو ظاهر عبارة الذخيرة السابقة.

الشخص الاعتبارى :

٥٥٤ — وما دام القول قد انساق بنا إلى ما يتعلق بذمة الوقف وجب أن نأتى هنا بقول موجز فى نظرة فقهائنا إلى الشخص الاعتبارى، وبخاصة بعد أن جعلت التشريعات المدنية الحديثة الوقف من الأشخاص الاعتبارية التى لها ذمة مالية مستقلة[1].

---

(١) أورد القانون المدنى المصرى الجديد بيان الأشخاص الاعتبارية فى المادة «٥٢» =

قرر علماؤنا فى علم الأصول أنه لا بد فى المحكوم عليه من أن يكون أهلا . وقالوا أن الأهلية ضربان ، إحداهما أهليـة الوجوب ، أى صلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه ، والثانية أهلية الأداء ، أى صلاحيته لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً . كما قالوا أن أهلية الوجوب تنبنى على تحقق الذمة وقيامها بمن تثبت له الأهلية . والذمة لغة هى العهد لما أن الذم يلحق بمن ينقضه ، وهى عند الشرعيين وصف يصير به الإنسان أهلا لما له وما عليه ، وهذا الوصف فى نظرهم ينشأ ويتولد عن العهد ، فمثلا إذا عاهدنا أهل الذمة تولد عن هذا العهد وصف وخصوصية تجعلهم أهلا لأن يجب لهم ما يجب لنا ويجب عليهم ما يجب علينا ، فهناك عهد ، وذمة ، وأهلية ، والعهد هو المنشأ الذى يتولد منه وصف وخصوصية تسمى الذمة ، وهذه الذمة معتبرة كسبب لثبوت الأهلية أى الصلاحية للوجوب . وبنو آدم قد جرى بينهم وبين ربهم العهد [1] الذى يشير إليه قوله تعالى « وإذ أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم » فثبت لهم بمقتضى هذا العهد وصف هو الذمة التى كانوا بها أهلا لوجوب ما لهم

= وعد منها الوقف . وقال فى المادة « ٥٣ » أن الشخص الاعتبارى يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية ، وذلك فى الحدود التى قررها القانون ، فتكون له ذمة مالية مستقلة ولست أدرى معنى الذمة عندهم ، وأهلية فى الحدود التى يعينها سند إنشائه أو التى يقررها القانون ، وله حق التقاضى ، وله موطن مستقل ، وله نائب يعبر عن إرادته .

والمذكرة الإيضاحية لهذا القانون بعد أن أشارت إلى أن النصوص القليلة الواردة فى القانون المدنى القديم ليس فيها ما يستخلص منه انصراف نية المشرع إلى الاعتراف للوقف بالشخصية المعنوية وإلى أن المحاكم قد اعترفت له بهذه الشخصية واستقر قضاؤها على هذا الرأى ، قالت : وقد يكون الاعتراف للوقف بالشخصية المعنوية محلا للنظر ، باعتبار أنه نظام اسلامى له قواعده ومقوماته الخاصة ، إلا أن واضعى المشروع قد آثروا الأخـذ برأى القضاء نزولا عند حكم الضرورات العمـلية (القسم الأول من المذكرة / ١٤٥) . ومما أوردته بالأصل تعرف أن الضرورات العملية لم تغب عن فقهاء الشريعة الاسلامية لا فى الوقف ولا فى غيره ، وأن كون الوقف نظاماً إسلاميا ليس عقبـة فى سبيل اعتباره شخصا معنويا ، وأن ما أخذ به القانون المدنى ليس فيه خروج عن روح الفقه الاسلامى .

(١) ذهب عامة المفسرين وأهل الحديث إلى أن أخذ الميثاق والعهد من الأمور الواقعية الحقيقية وذهب كثير من المفسرين إلى أنه تمثيل والمراد نصب الأدلة الدالة على الربوبية والوحدانية المميزة بين الضلال والهدى . وأياما كان الأمر فالعهد الحقيق أو المعنوى يتولد عنه هذا الوصف وتلك الخصوصية ، ولا أثر لهذا الاختلاف فى ثبوته .

وما عليهم، فالذمة والأهلية كلاهما من خصوصيات الانسان ، فلا يثبتان لسواه ، ولا يثبتان له قبل أن يكون إنساناً و ينهدمان و يزولان بموته . ومعنى قول الفقهاء أن هذا الشيء لا ذمة له هو نفى الخصوصية الناشئة عن العهد التى تنشأ الأهلية عنها ، ومعنى قولهم وجب فى ذمته كذا أن هذا الحق وجب على ذاته وشخصه ، لا يخالف فى هذا أحد منهم لأن الذمة ، وهى وصف ، ليست محلا للوجوب ، ولهم فى تأويل هذه العبارة مسلكان ، أحدهما إبقاء الذمة على معناها الشرعى وأن معنى الوجوب فيها الوجوب على الشخص باعتبارها كما يقال وجب فى المروءة كذا ، والآخر أنه أريد بالذمة ذات الشخص ورقبته من اطلاق اسم الصفة على الموصوف واسم الحال على المحل وهذا هو مسلك فخر الاسلام البزدوى . هذا هو ما عليه جمهور الأصوليين ، وقد أنكر بعضهم وجود هذا الوصف الذى يسمونه ذمة وقال أنه أمر لا معنى له ولا حاجة إليه فى الشرع وأنه من مخترعات الفقهاء يعبرون عن وجوب الحكم على المكلف بثبوته فى ذمته . وقد أطال الأصوليون فى إثبات هذا الوصف ، والمسألة عند من ينعم النظر ليس لها قيمة عملية وليست إلا تدقيقاً فلسفياً كما يقولون .

٥٥٥ — وإذا كان الأصل عند علمائنا أن الذمة وأهلية الوجوب من خصائص الآدمى ، وأنهما لا تثبتان إلا لإنسان بعينه ، ولا تثبتان له إلا بعد وجوده وتزولان بموته ، فليس فى مقدور أحد أن يزعم أن هذا أصل مطرد عندهم مع وجود الأحكام الكثيرة التى لا تقوم إلا على أساس الذمة وأهلية الوجوب الحكميتين ولا يمكن أن تتفق مع اشتراط الذمة وأهلية الوجوب الحقيقتين .

فقد أجازوا الوصية والوقف على من لم يخلق وكان القياس عدم الجواز لأن من لم يخلق ليس أهلا لأن يملك ولا أن يملك ولكن أجاز ذلك من أجازه نظراً إلى سبب التمليك وإلى أن الملك يثبت عند الوجود . وأثبتوا الإرث للجنين متى تحقق أو غلب على الظن أنه موجود فى البطن عند موت المورث وإن كان نطفة أو علقة ولم يصر إنساناً نظراً لما يؤل إليه . وأثبتوا الملك للانسان ابتداء بعد

موته إذا انعقد سبب الملك فى حياته ، كالصائد ينصب شباكه وحبائله ثم لا يقع فيها الصيد إلا بعد موته وزوال أهليته ، وكَغَلّةِ وقف المريض الذى صح أصله وكانت غلته توزع على ورثة الواقف ميراثاً فإنها توزع على من يكون موجوداً منهم حين وجودها وعلى من مات قبل ذلك ثم يكون حظه منها ميراثاً لورثته. وقالوا بعودة الملك الذى زال عن الميت فى حياته إليه بعد موته كالوقف يتخرب أو يستغنى عنه فإنه ينتهى وتعود ملكيته إليه فإن كان ميتاً انتقل إلى ورثته بحسب الفريضة. واستبقوا له الملك بعد موته وانهدام أهليته عند الحاجة إلى ذلك ، فأبقوا ما يحتاج إليه فى تكفينه وتجهيزه ودفنه على ملكه ولا يملكه وارثه نظراً لحاجته وكذلك مقدار ما يحتاج إليه فى سداد دينه وتنفيذ وصاياه ويبقى الموصى به على ملكه بعد موته حتى يقبل الموصى له ولا يدخل فى ملك الورثة ولا فى ملك الموصى فى هذه الفترة. ومع أن الأصل هو خراب الذمة بالموت قد أبقوا له ذمة حكمية مشغولة بالدين بعد الموت إذا كان له مال أو كان له كفيل. وهذه فروض الكفاية ، وما أكثرها ، قالوا إنها واجبة على الكل ، وليس معنى هذا إلا أنها واجبة على جماعة المسلمين أو على طائفة منهم وليست واجبة على كل إنسان بعينه ، والجماعة من الناس ليس لها ذمة حقيقية ولا أهلية حقيقية وهما لا يكونان إلا لإنسان بعينه. والصدقات قد بيّن القرآن مصارفها وهى طوائف وليس لأى فرد معين من هذه الطوائف حق بخصوصه ، ولا يجب أن يعم ما يخص كل طائفة جميع أفرادها ، فحظ كل طائفة وجب لمجموعها لا لإنسان معين ، وهذا المجموع ليس له أهلية ولا ذمة حقيقيتان. وخمس الغنائم وما يجب فى الركاز والخراج والعشر والنوائب « الضرائب » التى يجوز للامام فرضها ليست مملوكة لأحد بعينه وهى ملك لجماعة المسلمين تصرف فى مصالحهم. وأرض الخراج والأرض الموات والطرق والقناطر والأنهار العامة كلها مملوكة للعامة وليس لإنسان معين ملك فيها. واللقطات وتركات من لا وارث له ملك لجماعة المسلمين وليس لإنسان معين ملك فيها. وقسموا بيوت المال إلى عدة بيوت وجعلوا لكل منها كيانه

الخاص وموارده ومصارفه الخاصة وجعلوه محلا للإيجاب له وللوجوب عليه وأهلا للإدانة والاستدانه فقالوا إذا ضاق بيت منها وفى الآخر سعة استقرض الإمام من هذا لذاك وقالوا إنه ينفق من بيت المال على اللقطة ويكون ذلك ديناً لبيت المال على صاحبها ، كما قالوا أن بيت المال يقضى له وعليه لأن المقضى له وعليه كما يكون من أهل الاستحقاق يكون جهة من الجهات وأوجبوا نفقة البهيمة على مالكها مع أنها ليست إنساناً وليس لها أهلية الوجوب . وفى الوصية والوقف على المسجد يكون ملك العين وغلة الموقوف له مع أنه ليس إنساناً وليست له أهلية الوجوب . وأجازوا الوصية والوقف على الجهات كالفقراء وحفر القبور و بناء القناطر وكل ما يعود نفعه على العامة .

فهذه الأحكام وأشباهها وهى كثيرة جداً لا تقوم إلا على أساس الذمة الاعتبارية والأهلية المفترضة ، وإذا نفى الفقهاء الذمة وأهلية الوجوب عن غير الإنسان المعين فإنهم لا ينفون إلا الذمة والأهلية الحقيقتين اللتين تنشآن عن العهد والعقد ولا يعنون الذمة والأهلية الاعتباريتين . وما دام فقهاؤنا يقولون بذلك ويعتبرون الجهات فى الوجوب لها وعليها فإنهم قائلون حتما بالشخص الاعتبارى الذى تعترف به القوانين الوضعية ويقولون به بأوسع المعانى ، ويستوى فيه من سيكون إنساناً بعينه ، ومن كان إنساناً بعينه ، والجهة من الجهات سواء أكانت جماعة من الناس أم لم تكن من الآدميين أصلا . وإذا كان الفقه الإسلامى لا يتفق مع القوانين الوضعية فى بعض أفراد الشخص الاعتبارى فليس معنى هذا أنه لا يقول به .

٥٥٦ — بعد هذا ننتقل إلى الوقف بخصوصه لننظر هل هو فى نظر فقهائنا مما يسمى فى الشرائع الوضعية شخصاً اعتبارياً أولا .

أما أنه لاذمة له ولا أهلية بالمعنى الحقيقى فهذا أمر لا ريب فيه . وأما أن له ذمة اعتبارية وأهلية حكمية فهذا مما لا ينبغى التردد فيه . أن للوقف كيانه الخاص فهو منفصل تمام الانفصال عن أملاك الواقف المطلقة حتى عند من يرى أنه باق

على ملكه إن كان حياً وعلى حكم ملكه إن كان ميتاً، حتى أن من الفقهاء من ذهب إلى انقطاع صلته به وأنه لاتثبت له ولاية عليه إلا بالشرط. والموقوف للسكنى تجب عمارته على من له سكناه ويجبر عليها، فلمن وجب هـذا الحق؟ لم يجب قطعاً لاللواقف ولا للموقوف عليه بل وجب للأعيان الموقوفة وإن شئت قلت وجب لجهة الوقف. وعمارة الأعيان الموقوفة للاستغلال ومؤنة الموقوف من خراج أوعشر واجبة فى غلته فلمن وجب هذا الحق وعلى من وجب، إن هذا الحق لم يجب لانسان بعينه له ذمة وأهلية حقيقيتان، وإنما وجب لجهة الوقف، ولم يجب هـذا الحق على إنسان بعينه وبخاصة إذا كان الموقوف عليه جهة ليست من الناس أوجماعة لا يحصون وإنما وجب فى الغلة لأعيان الوقف أو لجهة الوقف حتى أن المصرف لا يكون له حق إلا فيما فضل من الغلة بعد ذلك وتعتبر جهة الوقف مصرفاً ذات حق فى الغلة مقدمة على من عداها وكذلك يعتبر بيت المال فى استحقاق العشر والخراج ونفقة رقيق الوقف وجنايته واجبة فى مال الوقف فعلى من وجب هذا الحق، وإذا تبرع متبرع بعمارة الوقف، أو إحداث مبان أوغراس فيه لم يكن ذلك ملكا لمحدثه وكان تابعاً لجهة الوقف وحقاً لها اعتبر مملوكا أو اعتبر موقوفاً. وإذا استهلك مال الوقف أو أغتصبت أعيانه حتى وجب الضمان فلمن تجب القيمة إنها لا تجب لغير جهة الوقف. وإذا اشترى القيم ماشية وآلات من الغلة لزرع أرض الوقف فلمن يكون ملكها، أنها ليست مملوكة للمشترى ولا للموقوف عليهم ما دام استغلال الوقف محتاجاً لها وإنما هى ملك لجهة الوقف. وإذا اشترى القيم بفاضل الوقف مستغلا بياع إذا دعت الحاجة إلى بيعه لم يكن وقفاً على الصحيح ولكنه ليس مملوكا لانسان بعينه وإنما هو مال لجهة الوقف وتابع لها. وإذا وقعت الاستدانة الصحيحة فمم يجب أداؤها، إن أداءها واجب فى غلة الوقف، وإذا كان هلال قد منع الاستدانة فإنه نظر إلى الذمة الحقيقية والأهلية الحقيقية ولم ينظر إلى ماعداهما، أما أبو الليث وجمهور الحنفية فانهم أجازوها وقالوا إن القياس وهو الأصل السابق يترك للضرورة أى أنهم فيما يظهر نظروا إلى الذمة والأهلية الحكميتين وهم فيما يلوح لى

من ظاهر أقوالهم لم يذهبوا إلى ماذهب إليـه الخير الرملى ولم يثبتوا الدين فى ذمة القيم وإنما أثبتوه ابتداء فى الغلة كمال الخراج والعشر والعمارة وكالدين يستدينه القاضى نفسه لما لابد منه للوقف إذ لم يصرح أحد بأنه يثبت فى ذمته ويطالب به إذا عزل ثم يرجع به فى الغلة ، بل الحق المستقيم هو ما أفتى به اللقاني وتقى الدين وبعض الحنفية مما يؤيد أن القيم المستدين لا يثبت الدين فى ذمته ، وكيف نثبت فى ذمته ديناً يطالب به شخصياً وإن زال الوصف عنه مع أنه لم ينل شيئاً فى مقابلة هذا الدين وقد قالوا فى كتاب القضاء إن الوقف يقضى له وعليه ، فحق التقاضى ثابت للوقف نفسه والوقف لابد له من ممثل ونائب يتولى الخصومة عنه وهو إما الواقف ومنصوبه ، وإما الحاكم ومنصوبه . وقد تكلم الفقهاء فى موطن الوقف من ناحية الولاية والاختصاص فمنهم من نظر إلى موطن الأعيان ومنهم من نظر إلى موطن المتولى « مقر الإدارة » . وبهذا اتضح أن للوقف أهلية الوجوب فيما له وما عليه وأن له ذمة حكمية عند الجمهور وله نائب وموطن وله حق التقاضى ، فما كتمات له خصائص الشخص الاعتبارى فلا حرج مطلقاً فى جعله شخصاً اعتبارياً ولا يتنافى ذلك مع كونه نظاماً اسـلامياً له قواعده ومقوماته الخاصـة ، فان هذه القواعد وتلك المقومات متفقة مع مقومات الشخص الاعتبارى تمام الاتفاق .

القاعدة العامة فى الاستدانة :

٥٥٧ — الأصل فى الاستدانة ، أى الاستقراض والشراء بالنسيئة ، فى نظر هذا القانون أنها لا تجوز من الناظر إلا بإذن من المحكمة الشرعية ، والمحكمة التى تمنح هذا الإذن بالمحاكم الشرعية هى محكمة التصرفات لأنه عمل ولائى محض لا خصومة فيه ، فإذا صدر هذا الإذن من محكمة جزئية أو من محكمة قضائية وإن كانت شرعية لم يكن إذناً معتبراً لصدوره ممن لا ولاية له فى إصداره طبقاً للنظم المتبعة ولو أنه صدر من محكمة تصرفات غير مختصة طبقاً لقواعد الاختصاص كان إذناً محترماً ، وشأنه فى ذلك شأن الأحكام والقرارات التى تصدر من محاكم غير مختصة لسبب غير فقدان الولاية .

والقانون قد اشترط لجواز الاستدانة إذن المحكمة وحدها ، فما لم يوجد هذا الإذن لا تكون جائزة ، فلا عبرة بإذن الواقف وإن كان شرطاً فى عقدة الوقف ، ولا بإذن المستحقين للناظر بالاستدانة ، ولا باستدانته إذا كان هو المستحق الوحيد .

٥٥٨ — ولم يعرض القانون إلا لاستدانة الناظر ولم يعرض لاستدانة القاضى ولا لاستدانة الموقوف عليه أو من ينوب عنه أو يمثله إذا لم تكن له ولاية على الوقف ولا لاستدانة شريك الوقف . كما أنه لم يعرض فى هذه القاعدة لأكثر من جواز الاستدانة بالإذن وعدم جوازها بدونه ، ولم يعرض لبيان ما تجوز الاستدانة له وما لا تجوز ، وترك حكم ذلك كله لمذهب الحنفية (١) .

٥٥٩ — وقد أطلق القانون الناظر فشمل كل من يتولى إدارته ، ويستوى فى هذا أن يكون الناظر هو الواقف ، شرط لنفسه الولاية لنفسه فى عقدة الوقف أو لم يشرطها ، كان هو المستحق وحده أو لم يكن مستحقاً أو كان له شركاء

---

(١) قد منع هلال الاستدانة للعمارة مطلقا وإن كان لابد منها ، وحمله ابن وهبان على ما إذا كانت بغير أمر القاضى وذهب الى أنه لا خلاف فى جوازها بأمره ، وفى البحر أن الظاهر خلافه كما ذكره الطرسوسى . وذهب الهندوانى إلى جوازها للعمارة وللخراج ودفع الآفات عن الزرع وقال أن الأحوط أن يكون بأمر القاضى ألا يمكنه الحضور إليه لبعد المسافة وبه أخذ أبو الليث وقال إن أمرها الواقف كان له ذلك والأقضية اختلاف المشايخ وقال الصدر الشهيد أن المختار أن يرفع الأمر إلى القاضى ، وقال الناطفى أنه لو أراد الاستدانة ليجعله فى ثمن البذر فإن أمره الحاكم جاز بلا خلاف وإلا ففى المسألة روايتان ، وفى المحيط أن الأصح أنه لابد من أمر القاضى بالاستدانة هذا ما صرح به المتقدمون فى العمارة والجبايات والخراج وثمن البذور ودفع الآفة عن الزرع . وفى البحر والمعتمد فى المذهب إن كان له منه بدلا يستدين مطلقا وإن كان لابد منه فان كان بأمر القاضى جاز وإلا فلا . وفى الخيرية والفتوى على أن الاستدانة فيما لابد منه كعمارة وشراء البذر تجوز ، والأولى أن تكون بإذن القاضى ، وقيل الأولى خلافه لما علم من تغير الأحوال .

والأمر الذى لابد منه لايتعين أن يكون راجعاً إلى عين الوقف ذى الغلة بل قد يكون غير ذلك فلو كان الوقف على مصالح المسجد جازت الاستدانة من قيمه لضرورة مصالحه ، وذكروا من مصالح المسجد الامام والخطيب والمؤذن والدهن والحصير .

واشترط خير الدين الرملى فى الاستدانة لما لابد منه ألا يتيسر إجارة العين والصرف من أجرتها فان كان ميسوراً فانها لاتجوز . وقال ابن عابدين فى رد المحتار أنه أطلق الإجارة فشمل الطويلة منها ولو بعقود فلو وجد ذلك لا يستدين أفاده البيرى وما سلف من أن المفتى به بطلان الإجارة الطويلة فذاك عند عدم الضرورة كما حررناه سابقاً .

فى الاستحقاق ، وأن يكون منصوب الواقف ، كان الواقف حياً أو كان ميتاً ، وأن يكون منصوب القاضى . ويستوى أيضاً أن يكون الواقف قد اشترط للناظر الاستدانة أو لم يشترطها ، وقد أراد الشارع بهذا الاطلاق أن تكون للمحكمة رقابة على الأمر وتقدير لما إذا كان محتاجا للاستدانة أو غير محتاج إليها لأن الغلات أو أكثرها قد لا تكون للناظر على أن أثر الاستدانة وشغل الغلة بالدين قد يمتد زمناً طويلاً يذهب فيه الواقف والناظر والمستحقون الموجودون حين الاستدانة إلى غير ذلك من الاعتبارات التى تقضى بأن يكون لذى الولاية العامة الإشراف على ذلك والقول الفصل فيه .

الاستثناء

٥٦٠ — واستثنى القانون من هذا الأصل الاستدانة إذا كانت من طريق الالتزامات العادية لأجل إدارة الوقف واستغلاله فقد أجازها للناظر بدون إذن لكى يتمكن من إدارة الوقف فى سهولة ويسر بالوسائل العادية دون أن يلحقه حرج . فالمراد بالالتزامات العادية الاستدانة للأمور العادية وهى الأمور الوقتية التى يحتاج إليها فى الإدارة والاستغلال كدفع الضرائب واستئجار العاملين فى الزرع وشراء ما يحتاج إليه فى إصلاح آلات الرى وقت العمل والحاجة كترس ساقية انكسر وسير آلة تقطع أو سرق وماشية نفقت أثناء العمل بحيث تفوت المصلحة إذا احتاج للإذن ، وكطلاء المسكن وإصلاح إقفاله ليرضى الساكن الجديد بالسكنى ، وأشباه ذلك . أما شق الترع وحفر المصارف وعمارة المتخرب من المبانى وشراء آلات الرى والماشية فى غير أوقات العمل ، فإن هذا ونظائره ليس من الأمور العادية ولا بد فى الاستدانة له من إذن المحكمة الشرعية . وأيا ما كانت الحال فأمر الالتزام العادى وغير العادى موكول للعرف ولتقدير المحكمة إذا رفع الأمر إليها ، فالناظر له أن يتصرف وعليه أن يتحمل المسئولية .

الاستدانة الجائزة وغير الجائزة

٥٦١ — اكتفى القانون بالنص على جواز الاستدانة بإذن المحكمة ،

وجوازها بلا إذنه فيما يحتاج إليه عادة لإدارة الوقف واستغلاله ، وعدم جوازها فيما عدا ذلك ، ولم يبين ما يترتب على عدم الجواز فهو متروك لحكم الفقه . وقد عرفت أن الاستدانة متى كانت جائزة كان الدين واجب الأداء من غلة الوقف ، كما عرفت ما يتعلق بثبوته فى ذمة المستدين و بالمطالبة به إذا مات أو عزل . أما إذا كانت الاستدانة غير جائزة فقد قالوا أنه يضمن ولا يرجع بذلك فى غلة الوقف ويعتبر متبرعاً ، فيكون مطالباً بالدين شخصياً ، كما قالوا أنه يعزل لأنه تصرف تصرفات غير جائزة .

أما استحقاقه للعزل فقد ذكره فى الخيرية بإطلاق وهو متفق مع القاعدة التى وردت فى البحر وغيره إذا كان عالماً بأنه تصرف غير جائز أما إذا كان جاهلاً بذلك أو متأولا فمقتضى كلام الفقهاء أنه لا يعزل من أجل هذا .

وأما إعتباره ضامناً متبرعاً لا رجوع له فى الغلة فإنه محل نظر جدى ، ويلوح لى أنه هو السر فى قول الطرسوسى فى أنفع الوسائل « وفى بعض الفتاوى صرح بأنه إذا استدان القيم بغير أمر القاضى يضمن » ولم يزد ولم يعلق على ذلك بأى كلمة ، فإيراده الحكم بمثل هذا الأسلوب وسكوته يشعر بأن فى النفس شيئاً من ذلك ، وعبارتا الخانية تشعران بعدم الرجوع إشعاراً بعيداً . ولكن لم يمتنع الرجوع ، فأقصى ما فى الأمر أنه إذا استقرض أو اشترى بغير إذن وقع الاستقراض والشراء له فكان ذلك ماله فإذا أنفقه كان منفقاً فيما لا بد منه للوقف من ماله وقد قلنا بالرجوع إذا انفق من ماله . أن أمر التبرع وعدم الرجوع لا يستقيم إلا إذا قلنا أن الدين لايثبت فى ذمته بل يجب أبتداء فى غلة الوقف ، وإن انفاقه من ماله إذا لم تكن للوقف غلة يكون من قبيل الاستدانة كما فهم أبن عابدين ، وهذا مما يقوى وجهة نظره وإن لم يوافقه أحد .

السريانه والأطوار

٥٦٢ — وأحكام هذه المادة تسرى على الأوقاف القديمة والأوقاف الجديدة ، فى الحوادث السابقة والحوادث اللاحقة . فالناظر إذا كان قد استدان

قبل العمل بهذا القانون استدانة عادية لأجل إدارة الوقف واستغلاله بدون إذن تصبح استدانته جائزة فله أن يرجع فى الغلة بما استدان وليس لأحد أن يؤاخذه بما صنع . وإذا كانت استدانته قبل العمل بالقانون بناء على شرط من الواقف تصبح استدانته غير جائزة ، هذا هو ما يقتضيه عموم السريان ، ولكن هل لأحد أن يذهب إلى تضمينه ومؤاخذته ، أما عدم المؤاخذة . فواضح لأنه حينما تصرف كان تصرفه جائزاً ، وأما التضمين فإنه محل شك قوى .

ومما يستوقف النظر حقاً أن أحكام هذه المادة مع ما فيها من التيسير لا تطبق على الأوقاف الواردة بالمادة ٦١ .

٥٦٣ — وهذه المادة لم توضع بالمشروع الأول للقانون ووضعتها لجنة العدل بمجلس الشيوخ ، وقصدها الأول من وضعها هو الحكم الاستثنائى الوارد بها ، ولهذا لم يرد فى تقريرها إلا ما يتعلق بهذا الحكم وهو ما اقتصرت عليه أيضاً المذكرة التفسيرية للمشروع الثانى ، ولكن هذا الاقتصار وذلك المقصد ليس من شأنهما أن يغيرا شيئاً من دلالة الألفاظ الواضحة .

٣ — النظر على الحصة المفرزة

مادة ٤٦ — إذا قسمت المحكمة الوقف أو كان لمستحق نصيب مفرز وجب إقامة كل مستحق ناظراً على حصته متى كان أهلا للنظر، ولو خالف ذلك شرط الواقف .

٥٦٤ — قالت المذكرة التفسيرية فى هذا الموضوع قولتها الجامعة ، وهى : « قد يكون أبرز أسباب الشكوى من الوقف ونظامه هو تصرفات النظار وما يسير عليه أكثرهم من العسف بالمستحقين واغتيال حقوقهم بشتى الأساليب ، وإهمالهم فى إدارة العين والعناية بها إهمالا فاحشاً يؤدى إلى ضعف الغلة وكثيراً ما يؤدى إلى خراب الوقف أو ضياع بعض أعيانه بل ضياعها كلها ، ولم يجر إلى هذا سوى أنهم

لا يعملون لأنفسهم أصلا ، أولا يعملون لها خاصة ، وقل أن يسلم من يعمل لغيره من الطمع والجشع والإهمال ، وعمل الانسان لغيره قد يكون ضرورة اجتماعية فى كثير من المرافق ، إلا أنه يجب أن ينظر إليه كضرورة لا أقل ولا أكثر ، فلا يجوز الالتجاء إليه متى أمكن أن يعمل كل شخص لنفسه . وللوصول إلى هذا الغرض اختار المشروع القول بقسمة الوقف ، وعدم نقض القسمة فى ريع الوقف ، لتستقر الحال ، وأوجب إقامة كل مستحق ناظراً على حصته ، متى كانت حصته مفرزة ، أما من طريق قسمة الوقف ، أو من طريق الواقف بأن كان قد وقف عليه حصة محددة مفرزة » .

٥٦٥ — وكان من مقتضى إطلاق القول فى هذه المادة أن يكون حكمها متناولا لجميع الأحوال ، وأن يطبق سواء أكان الواقف ميتاً أم كان موجوداً ، كانت له الولاية على وقفه أو لم تكن . ولكن متى راعينا أن الوقف باق على ملك الواقف ما دام حياً ، وأن ولايته على وقفه من الولايات الطبيعية تثبت له وإن لم يشترطها بل وإن نفاها عن نفسه ولا تزول عنه إلا إذا سلبت منه لمقتض شرعى ، وكما أن له الحق فى نفس الولاية له الحق فى تعيين القوام وعزلهم ، وأن ولايته هذه مقدمة على ولاية القاضى لأنها ولاية خاصة وولاية القاضى ولاية عامة وأن الناظر على وقفه فى حياته ليس إلا وكيلا عنه ، متى راعينا كل هذا وراعينا أن الشارع لم يحاول فى أى موطن أن يمس ولاية الواقف على وقفه أو على جزء منه تعين القول بأن هذا الحكم لا يتناول هذه الحال ، وقد يشعر بذلك قول المادة « ولو خالف ذلك شرط الواقف » حيث اقتصرت فى الغاية على ذكر مخالفة الشرط ، ولم تشر أى إشارة إلى ولاية الواقف نفسه ، ويؤيده اقتصار المذكرة التفسيرية على منصوب الواقف ومنصوب القاضى . فإذا قسم الوقف أو كان لمستحق نصيب مفرز من الواقف وكان الواقف لا يزال حياً وله الولاية على وقفه وما يتفرع عنها من ولاية نصب القوام وعزلهم فإن الحكم الوارد بهذه المادة

لا يطبق لأن الولاية الحقيقية على الوقف للواقف نفسه و إذا باشرها غيره لا يكون ذلك إلا بتولية منه ولم يكن المتولى إلا مجرد وكيل عنه .

و إذا كان الواقف حياً ولكنه كان عديم الأهلية بأن كان مجنوناً أو معتوهاً طبق هذا الحكم إذ ليس له ولاية على وقفه ولا حق له فى نصب القوام وعزلهم والقسمة ما دامت هذه الحال تكون لازمة لأن اشتراط رضاه لوقوع القسمة واشتراط استمراره للزومها يقتضى حتماً أن الكلام فى الواقف الذى توافر له الرضا المعتد به أما من لا يكون أهلا فان القسمة تقع فى حياته بدون توقف على شىء وتكون لازمة . ومن هذا يتضح أن الواقف فاقد الأهلية هو والميت سواء بالنظر لحكم هذه المادة . و إذا فرض أن الواقف بعد أن طبق حكم هذه المادة عادت له الأهلية كاملة انتهى العمل بحكمها وصار الأمر إليه فان شاء أبقى المستحق ناظراً على حصته على أنه وكيل عنه وإن شاء عين غيره وإن شاء تولاها بنفسه وإن شاء أبقاها مفرزة وإن شاء نقض قسمة الوقف . ويبقى الأمر فى تطبيق هذا الحكم فى الحالين دائراً على ما وصفت إلى أن يموت الواقف فيستقر العمل بهذا الحكم الذى لا يطبق إلا حيث يكون الواقف ميتاً أو فى حكم الميت بالنسبة للولاية على وقفه .

وإذا حجر الواقف للسفه أو عزل من الولاية على وقفه فهل يطبق حكم هذه المادة أولا ؟ أن قلنا بأن حقه فى نصب القوام وعزلهم حق مستقل لا يزول بزوال ولايته نفسه على الوقف كما ذهبت إلى ذلك المحكمة العليا الشرعية بمصر قديماً فى بعض أحكامها وجب ألا يطبق حكم هذه المادة ، و إن ذهبنا إلى ما هو الفقه والحق من أن ولايته فى نصب القوام وعزلهم متفرعة عن حقه فى الولاية على الوقف وليست إلا توكيلا فى الحياة و إيصاء بعد الوفاة بحق يملكه حتى إن شرطه فيها يبطل إذا طرأ عليه قبل الموت ما ينافى الأهلية ، وجب اعتباره كالميت فى حق الولاية وطبق حكم هذه المادة ولا يمنع من تطبيقه أن القسمة لا تحصل ولا تلزم إلا برضاه لأننا لا نطبقه إلا حيث تكون القسمة قائمة والمستحق نصيب

مفرز أما إذا نقضها الواقف فإن تطبيقه يكون منتهياً لزوال وضع المسألة الذى افترضه القانون .

ويخلص لنا من كل ما سبق أنه إذ كان للواقف الولاية على وقفه وولاية نصب قوامه وعزلهم أو لم تكن له الولاية على الوقف ولكن له ولاية نصب القوام وعزلهم فحسب ، أن صح القول بذلك ، لم يطبق حكم هذه المادة لما عرفنا من أن الشارع ، لم يتجه إلى المساس بأى نوع من أنواع ولاية الواقف متى كان من الممكن أعمالها ، أما إذا لم يكن له على الوقف أى نوع من أنواع هذه الولاية طبق هذا الحكم و إن كان من حقه أن ينقض القسمة ، لأنه لا ولاية له على هذا الوقف فهو بالنظر إلى الولاية كمن مات .

٥٦٦ — وهذا القانون لم يقرر للمستحق حق النظر على نصيبه المفرز ، إنما أعطاه الحق فى أن تقيمه المحكمة ناظراً عليه ، فما لم تحصل هذه الاقامة لايكون له حق فى النظر على نصيبه المفرز أو الذى أفرز و إن كان خالياً من النظر .

وقد راعى الشارع فى هذا أنه فى الأعم الأغلب يكون هذا النصيب فى نظر غيره فاثبات النظر عليه لهذا المستحق يستدعى إخراج هذا الغير من النظر والبحث فى أهلية المستحق للنظر عليه . فجعل ذلك من عمل المحكمة لينحسم كل نزاع من من أيسر الطرق . وهذا المسلك هو الذى سلكه هذا القانون فى نظائره التى مرت والتى يأتى ذكرها . فليس لصاحب النصيب المفرز أن يباشر الولاية عليه بحكم القانون ، واستفادته هذه الولاية لاتكون إلا بعد إخراج غيره من النظر إن كان و إقامته هو ناظراً ، فما تقوم به المحكمة بعد الاخراج إقامة ، أى منح و إنشاء للولاية وليس تمكيناً لأن التمكين لايكون إلا حيث يكون النظر ثابتاً للممكن من طريق آخر غير طريق نصب القاضى له . أما صاحب النصيب المفرز فإنه يكون منصوب القاضى و إن كان نصبه واجباً وليس منصوب الواقف ولا منصوب القانون .

٥٦٧ — وقول هذه المادة « وجب إقامة كل مستحق ناظراً على حصته » واضح تماماً فى الدلالة على أن المراد إقامته فى النظر عليه وحده ، لأن اسم الناظر لا يستعمل مطلقاً إلا فيمن يكون له حق النظر كاملا لا يشاركه فيه سواه ، فالقول بأن إيجاب إقامته ناظراً على حصته لا ينافى بقاء الناظر الأصلى ولا يقتضى إخراجه، قول باحتمال بعيد جداً يأباه إطلاق اللفظ وحكمة التشريع و إتساقه ، هذا إلى أن المذكرة التفسيرية قد قطعت كل احتمال بقولها : ومتى وجبت إقامة المستحق ناظراً على حصته قامت به المحكمة وأخرجت الناظر على الوقف من نظر هذه الحصة و إن كان منصوب الواقف وتقيم فيه مستحقها .

و إخراج الناظر على الوقف من النظر على هذه الحصة ليس إنهاء لولايته عليها ، لأن انتهاء الولاية لا يكون إلا حيث تكون مؤقتة حقيقة وانتهى وقتها ، أو تكون قد اعتبرت مؤقتة كما جرى هذا القانون على التأقيت الاعتبارى فى الفقرة الأخيرة من المادة ٤٩ ، وليس الاخراج هنا إلا قطعاً لولاية كانت قائمة فعلا لمصلحة اقتضته وعزلا من النظر و إن لم يكن سببه عجزاً ولا خيانة ، وهو فى هذا المعنى كإخراج النظار الوارد بالمادة ١٥ و إخراج الناظر على الوقف الخيرى إذا لم يكن من الفئات المبينة بالمادة ٤٧ ووجد من يستحق النظر منها .

٥٦٨ — ومن الواضح أن الاخراج لا يكون إلا حيث يكون هناك ناظر، فإذا كان الوقف كله خالياً من النظر أو أخرج الناظر نفسه من النظر على هذه الحصة وكان خروجه منه لا يحتاج إلى إخراج من القاضى لم يكن هناك إخراج بداهة ، وكذلك لا تكون هناك إقامة إن لم تكن إليها حاجة فلو أن ناظر الوقف أفرزت له حصة من أعيان الوقف لم تكن هناك حاجة إلى إقامته مرة أخرى فى النظر عليها فهو ناظر عليها من قبل مع غيرها ولا يزال نظره عليها قائماً فإقامته عليها ليس إلا تحصيلا لحاصل وضرباً من العبث ، ولو أن المستحقين كانوا اقتسموا الوقف مهايأة وأقيم كل منهم ناظراً على الأعيان التى بيده أو كانت المحكمة قد أقامت كل مستحق ناظراً على بعض الأعيان ثم قسم الوقف بين مستحقيه وكانت نتيجة القسمة أن كان نصيب كل منهم ما هو ناظر عليه من قبل لم يكن هناك محل لإقامة جديدة لما ذكرت . أما إذا كان الواقف قد شرط فى عقدة الوقف أن يكون كل

مستحق ناظراً على حصته وتولوا النظر عايه بهذا الشرط ثم اقتسموا الوقف وكان لكل منهم حصة مفرزة ، أقامت المحكمة كل مستحق ناظراً على حصته وأخرجت الآخرين من النظر عليها ، وشرط الواقف لايغنى عن الإقامة فى هذه الحال ، فهو إنما أقام كل واحد على حصة شائعة فى جميع الأعيان لا على أعيان مفرزة فما اختص به كل منهم من الأعيان كان بعضه فى نظره وبعضه الآخر فى نظر الباقين فوجب الإخراج ووجبت الإقامة ، ويكون نظر كل منهم على حصته بعضه مستمداً من شرط الواقف والبعض الآخر مستمداً من القاضى ، ولهذا ينبغى أن تكون صيغة الإخراج دالة على أنه إخراج من النظر على ما كان المخرج ناظراً عليه من هذه الحصة وصيغة الإقامة دالة على إقامة المستحق فى النظر على مالم يكن ناظراً عليه من هذه الحصة ، فإذا كانت حصة كل مستحق ربع الأعيان مثلا كان ناظراً على ربعها الشائع بشرط الواقف وناظراً على ثلاثة أرباعها بإقامة القاضى .

٥٦٩ — وقد عرفنا من قبل أن إخراج الناظر من النظر على الحصة المفرزة عزل وأن تولية المستحق إقامة ، فيخضعان لكل أحكام العزل والإقامة ومنها الأحكام الواردة بالمواد ٢٩٠ ، ٣٢٧ ، ٣٥٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها .

٥٧٠ — والقانون إنما أوجب على المحكمة إقامة المستحق فى النظر على حصته المفرزة نظراً له ورعاية لحقه قبل النظر إلى أى اعتبار آخر فهو حق مقرر له لا واجب عليه ، فإذا أباه لم يجبر عليه ، و إذا لم يطلبه لا تشتغل المحكمة به من تلقاء نفسها .

و إذا أسقط المستحق حقه فى النظر على حصته المفرزة قبل الإقامة لم يسقط بهذا الاسقاط فقد عرفنا أن القانون لم يوجب له حق النظر و إنما أوجب له حق الإقامة فما لم تحصل لا يكون حق النظر ثابتاً له ويكون تنازله عن النظر إسقاطاً لحق لم يجب ، وما لم يجب لا يسقط . و إذا كان النظر لا يسقط بإسقاطه قبل الإقامة بقى حقه فى المطالبة بها قائماً . و إذا تنازل عن حقه الذى قرره له القانون وهو الإقامة لم يمنعه ذلك من المطالبة بها لأنه إسقاط لها قبل وجودها ، و إن حمل تنازله على التنازل عن المطالبة بها لم يمنعه ذلك مستقبلا لأن المطالبة من الأمور المتجددة فكان ذلك فى الحقيقة امتناعاً لا إسقاطاً فأشبهت حق الزوجة فى القسم

وحق الحاضنة فى إمساك الصغير وحق المرأة فى النفقة فلا يمنع إسقاط الحاضر منها المطالبة بها فيما يأتى . فتنازل المستحق قبل الإقامة عن النظر ، أو عن حق الإقامة، أو عن حق المطالبة بها ، كل ذلك لا أثر له .

والمستحق إذا أقيم فى النظر كان منصوب القاضى كما عرفنا من قبل ، فإذا تنازل عن النظر كان حكمه حكم أى منصوب آخر من القاضى ، والتحقيق فى منصوب القاضى أنه يخرج من النظر بإخراج نفسه من غير توقف على إخراج متى علم به القاضى الذى يملك أمر إقامة الناظر . وإذا تنازل عن النظر بعد الإقامة ثم أراد العودة إليه هل تجب إقامته ثانية أو لا يكون هناك وجوب ويعتبر الحق الذى قررته هذه المادة ساقطاً والساقط لا يعود ؟ لو لم يكن هنا إلا حكم هذه المادة لكان من الممكن أن نقول بالسقوط وعدم العودة اعتباراً بما قيل فى منصوب الواقف ، غير أنه يوجد اعتبار آخر وهو أن حصته تعتبر وقفاً مستقلا والناظر عليه سواه أجنبى عنها وإن كان من مستحقيها بعده ، فإذا كان المستحق صالحاً للنظر عليها وجب على المحكمة أن تقرر انتهاء ولاية الأجنبى بناء على طلبه ويتلو ذلك وجوب إعادته فى النظر طبقاً للفقرتين الأولى والأخيرة من المادة ٤٩ ، فإذا فرضنا أن هذه المادة لم تسعفه فى وجوب الإعادة أسعفته تلك .

وإذا كان المستحق ناظراً على حصته أو على بعضها بشرط الواقف وتنازل عن النظر سقط حقه المستمد من شرط الواقف ثم لا يعود إليه بمقتضى هذا الشرط، أما حقه المستمد من القانون فإنه حق آخر لا يتأثر بهذا التنازل ويكون القول فيه ما قدمنا .

٥٧١ — والمستحق فى هذه المادة لا يتناول المستحق الذى هو ناظر على حصته بالفعل إما بمقتضى شرط الواقف أو بإقامته من القاضى كما عرف من قبل وكذلك الواقف ذو الولاية على وقفه إذا كان هو المستحق الوحيد أو شريكا فى الاستحقاق فإن ولايته ثابتة على كل وقفه وإن كان للوقف ناظر بمقتضى شرطه فهو فى غير حاجة إلى إقامة ، كما أنه لا وجه لتدخل القاضى لإخراج منصوبه وهو حى لأنه مجرد وكيل عنه فإن شاء استبقاه وإن شاء نحاه .

والمستحق يتناول المستحق استحقاقاً أهلياً ، كان استحقاقه واجباً أو كان اختيارياً ، ويستوى أن يكون استحقاقه من بعده لغير ذريته أولهم ، وسيان أن تكون له ذرية أو يرجى أن تكون أو لا تكون له ذرية ولا يرجى أن تكون .

أما المستحق استحقاقاً خيرياً إن كان جهة فأمرها ظاهر إذ الجهة لا تكون ناظراً ، وإذا كان لها ممثل قانونى أو شرعى فلا حق له فى النظر ولا تجب إقامته لأن القانون لم يعتبره كأحد المستحقين فى هذا وهذا الاعتبار لا يثبت إلا بالنص ، بل الواقع أن هذا كان قد أريد ولكن الشارع لم يأخذ به وجرى على أن هذا الممثل ليس له أى مدخل فى أمر النظر على الوقف . وإن كان المستحق استحقاقاً خيرياً من أهل الاستحقاق ، وهم الآدميون ، فلا يكون له نصيب مفرز من طريق القسمة كما عرفت من قبل ، وقد يكون له ذلك بحكم الواقع كما لو جعل الواقف عيناً مفرزة من وقفه موقوفة على طلبة العلم من ذريته أو على الفقراء من قرابته أو على ذوى العاهات من قريته فلم يوجد إلا واحد ، وقد يكون من طريق الواقف كأن جعل استحقاق عين مفرزة من وقفه على إمام مسجد بعينه أو مؤذنه . وهذا المستحق لا حق له فى النظر ولا تجب إقامته إذا كان هناك من يستحق النظر على هذه الحصة الخيرية بمقتضى أحكام المادة ٤٧ . أما إذا لم يوجد مستحق للنظر بمقتضى أحكامها كما سيجىء هناك وجبت إقامته طبقاً لأحكام هذه المادة لأنه مستحق له نصيب مفرز والفرض أن أحكام المادة المذكورة لا محل لتطبيقها ولا تعارض .

أهلية المستحق للنظر

٥٧٢ — وقد اشترط القانون فى إقامة كل مستحق ناظراً على نصيبه المفرز أن يكون أهلاً للنظر ، وهو لم يعرض لبيان الأهلية للنظر فالمرجع فى هذا إلى مذهب الحنفية . وقد أطلق القانون فى ذلك فقال متى كان أهلاً للنظر ، ولكن سياق المادة وقول المذكرة التفسيرية « وإنما تجب إقامته إذا كان أهلاً للنظر عليها » تعينان أن ليس المراد الأهلية لمطلق النظر بل الأهلية للنظر على هذه الحصة ، وهما أمران مختلفان . فقد يكون المستحق أهلاً لمطلق النظر وأهلاً للنظر على حصته .

وقد يكون أهلاً للنظر عليها وليس أهلاً للنظر على غيرها ، كمن كان ناظراً على الوقف قبل قسمته وضم إليه آخر لأنه لا يقدر على إدارة جميع الأعيان ولكنه كان قادراً على إدارة نصيبه ، وكمن عزل من النظر على الوقف هو وشريكه أو شركاؤه لاستحكام الخلاف بينهم ، ومن عزل من النظر على الوقف لمنعه الاستحقاق عن المستحقين واغتياله استحقاق الآخرين ، فإن شيئاً من هذا لا ينافى أهليته للنظر على حصته لانتفاء المعنى الذى اقتضى عزله فى الوقف العام ، نعم قد يكون فى ارتكاب هذه الأمور ما يوجب فسقه ، ولكن عمل المحاكم من زمن بعيد قد استقر على أن الفسق وحده لا ينافى الأهلية للنظر وإنما ينافيها إذا كان فسقاً يجعله مخوفاً على المال الذى فى يده ، ومن البين أنه ليس أحد ممن ذكرنا مخوفاً على حصته . وقد يكون أهلا للنظر فى حد ذاته ولكنه ليس أهلا للنظر على حصته كما لو كانت هذه الحصة مستشفى أو مدرسة وهو ممن لا خبرة لهم بإدارة المستشفيات أو المدارس فانه لا يكون أهلا للنظر عليها لعجزه عن ذلك .

٥٧٣ — ولا بد أن تكون أهليته للنظر على هذه الحصة أهلية تامة فلو أنه كان ناظر وقف ارتكب فيه خيانات اقتضت ضم ثقة إليه فى إدارته وكان مستحقاً فى وقف آخر وقسم أو كانت له فيه حصة مفرزة ولم تحسن حاله فلا تجوز إقامته إذا كان ما ارتكبه لا يجعله أهلا للنظر على حصته منفرداً لأنه ليس أهلا ولا معنى لإقامته مع الضم إليه وذلك يكون بإبقاء الناظر الأصلى ، لأنه لا فائدة له إن كان قد ضم إليه مع الإذن بالانفراد ، ولأنه لا وجه لإقامة ناظر مشترك غير أهل مع الضم إليه من حين إقامته هذا إلى ما فى التعدد من المساوىء الذى حملت الشارع على منعه إلا عند الضرورة . وإذا كان ناظراً على كل الوقف ثم ضم إليه ثقة وكانت له حصة مفرزة من أى طريق لا يقام منفرداً عليها إذا كانت الأسباب تجعله غير أهل للنظر عليها منفرداً ويبقى الناظر الأصلى ناظراً معه .

٥٧٤ — وإذا كان المستحق غير أهل للنظر على حصته بأن كان عديم الأهليه أو ناقصها أو كان غائباً أو كانت قدرته أو مسلكه يجعله غير أهل للنظر عليها فليس لهذا القانون حكم فى هذه الحالة لا صراحة ولا إشارة . فإذا كان للوقف ناظر بمقتضى شرط الواقف أو بإقامة القاضى فلا سبيل إلى إخراجه تطبيقاً

لأحكام هذه المادة التى لا حكم لها فى ذلك ، كما أنه لا سبيل لإخراج منصوب القاضى طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة ٤٩ لأن هذه الحصة وقف مستقل فى شأن النظر ومستحقها لا يصلح له . نعم هناك فيما يتعلق بمنصوب الواقف أحكام الفقرة الثانية من المادة الثانية والعشرين فإذا كان العمل بشرط الواقف فى النظر على هذه الحصة لا فائدة فيه للواقف ولا لهذه الحصـة ولا لأهلها كان شرطه باطلا فى هذه الحال بقوة القانون ويقيم القاضى عليها ناظراً كما لو كانت خالية ، وهناك أيضاً فيما يتعلق به وبمنصوب القاضى ما هو التحقيق من مذهب الحنفية من أن للقاضى إخراج منصوب الواقف ومنصوبه من النظر إذا كان فى ذلك مصلحة ، وهو الأساس الذى قامت عليه أحكام هذه المادة . وقول المذكرة التفسيرية فى شأن من ليس أهلا للنظر على حصته « ولـكن يجب أن نتجه فى هذه الحال إلى من له الولاية على ماله وإلى أشد الناس اتصالاً به وأحرصهم على نفعه » ليس تفسيراً لمعنى المادة ولا بياناً لحكم يستفاد منها وليس إلا إشارة إلى الحالات التى يعتبر فيها شرط الواقف باطلا طبقاً للفقرة الثانية المذكورة وإلى ما تقضى به القاعدة المحققة عند فقهاء الحنفية ، وتوجيهاً وإرشاد إلى ما يتبع إذا اقتضت الحال الإقامة، إما لاعتبار الشرط باطلا أو لإخراج الناظر طبقاً للقاعدة السابقة أو لـكون الوقف كله شاغراً أو لـكون الحصة شغرت بتنازل الناظر الأصلى عن النظر عليها ، وليس المراد منها إخراج الناظر الأصلى فى جميع الأحوال وإقامة ناظر ممن أشارت إليهم ، ولو سُـلم أنها أرادت ذلك لكان مجرد رأى ليس له قوة قانونية فإن وظيفة المذكرات التفسيرية التأويل والإيضاح لا إنشاء أحكام جديدة لا يمكن أن تستفاد من متون القوانين . فالناظر الأصلى على حصة من ليس أهلا للنظر عليها إذا لم يبطل الشرط بالنسبة لنظره عليها ولم يكن محلا لتطبيق القاعدة الفقهية عليه يبقى ناظراً عليها ولا يجوز إخراجه ليقام أحد ممن ذكروا بالمذكرة التفسيرية .

٥٧٥ — أما إذا كان المستحق أهلا للنظر على حصته فإن من الواجب إخراج الناظر عليها وإقامته هو ناظراً عليها منفرداً وإن كانت فى ذلك مخالفة لشرط الواقف فى النظر . فإذا لم يكن المستحق ناظراً عليها وكان لها ناظر أخرج هذا الناظر وأقيم هو منفرداً ، وإن كان النظر له ولغيره أقيم منفرداً عليها وأخرج

شريكه من النظر عليها . ومخالفة شرط الواقف قد تكون بإخراج منصوص به المنفرد أو المشارك للمستحق ، وقد تكون بعدم العمل بنهيه كما لو شرط حرمان المستحق من النظر على هذا الوقف أو على شيء منه بإطلاق ، أو شرط حرمانه إذا استدان أو أقام أو تزوج أو أتى عملا معينا ولم يكن فى ذلك شيء مما ينافى أهليته للنظر على هذه الحصة ، أو كان وقف أو غير وحرمه من الاستحقاق والنظر نصاً ثم مات بعد العمل بالقانون وثبت للمحروم نصيبه الواجب من الاستحقاق وأفرزت له حصته .

الحصة المفرزة :

٥٧٦ — الواقع أن صياغة هذه المادة جاءت غير دقيقة . فقد قالت « إذا قسمت المحكمة الوقف » مع أنه لا حاجة إلى ذكر القسمة مع ذكر النصيب المفرز ، ثم هى قد أطلقت القول وقد يفهم من هذا أنه لا تجب إقامة المستحق على حصته المفرزة إلا إذا قسم الوقف كله . وعطفت على فعل الشرط فقالت « أو كان لمستحق نصيب مفرز » وقد يفهم من هذا أنه تجب إقامة كل مستحق ناظراً على حصته وإن كان النصيب المفرز لواحد منهم فحسب . وغايرت فى التعبير فاستعملت أولاً « نصيب » واستعملت ثانياً « حصته » مع أنها تريد من الحصة نفس النصيب فلم يكن ثمت مايدعو إلى ذلك . ووصفت النصيب بأنه مفرز ولم تصف الحصة بذلك ، وقد يفهم من هذا أنه إذا كان له نصيب مفرز هو بعض استحقاقه وباقى حصته شائع وجبت إقامته ناظراً على كل حصته المفرز منها والشائع . جاءت الصياغة على هذا الوجه وقد تؤدى إلى هذه الاحتمالات وإلى شيء من اللبس ولكن المذكرة التفسيرية عينت المراد وأزالت كل لبس يمكن وقوعه وقد نقلت عبارتها فيما مضى . وقد كان من الخير أن يكون نص المادة : إذا كان لمستحق حصة مفرزة وجبت إقامته ناظراً عليها متى كان أهلا للنظر ولو خالف ذلك شرط الواقف . ولا ريب فى أن الحصة المفرزة شاملة للمفرزة من طريق القسمة أو من طريق تخصيص الواقف ، أو من حكم الواقع وانحصار استحقاق الحصة المفرزة فى واحد ، فيكون ذكرها كافياً لشمولها لكل الأحوال ولم يكن ثم مايدعو إلى ذكر القسمة الذى كان سبباً فى اضطراب التعبير .

٥٧٧ — وإذا كان إفراز النصيب من الواقف أو كان آتياً من حكم الواقع وانحصار الاستحقاق فى واحد فالأمر فيه بين ، أما إذا كان إفرازه من طريق قسمة المحكمة للوقف فإن هذا الإفراز لا يتم إلا إذا صارت القسمة نهائية ، أما قبل ذلك فإنه لا يسمى إفرازاً بالمعنى الصحيح ، ولا يصح أن يطاق على ما أفرز له ابتدائياً أنه نصيبه ما دام أمر ذلك لم يفصل فيه فصلا قاطعاً ، كما أنه فى هذه الحال لا يقال أن الوقف قد قسم ما دامت قسمته لا نفاذ لها ، وإذن لا يجب على المحكمة الابتدائية أن تخرج الناظر من الحصة وتقيم عليها من أفرزت له ، لأن حصته لا تزال على حكم الشيوع إلى أن تصير القسمة والإفراز قسمة وإفرازاً حاسمين .

ولكن إذا لم يكن هذا الإخراج وتلك الإقامة واجبين فى هذه الحال فهل يكونان جائزين وهل للمحكمة الابتدائية أن تخرج وتقيم فى نفس القرار الصادر بالقسمة ؟. أما من طريق تطبيق هذه المادة فلا ! لأن حكمها قاصر على الإيجاب ، وذلك لا يكون إلا حيث تكون القسمة نهائية ، كما أنه يظهر من النظرة الفاحصة أنه تصرف غير جائز ولا تملكه المحكمة الابتدائية فى ذلك الحين لأنه لا يعدو أن يكون تنفيذاً لآثار القسمة قبل أن تصير نهائية ، والقسمة ليست من التصرفات التى لها نفاذ مؤقت ، هذا إلى ما يترتب عليه من الارتباكات والمشاكل فقد يستغرق نظر استئناف القسمة أمداً طويلا ، وفى هذه الفترة قد يحدث المستحق فى نصيبه شيئاً من التحسينات وقد يؤجره ويستولى على الأجرة العاجلة ، ثم يعدل قرار القسمة وتتغير الأنصبة وقد ترفض برمتها أو يقتصر على قسمة بعض الأعيان دون البعض الآخر ، وكيف يسلط مستحق على إدارة عين واستيفاء غلتها لنفسه على أنه نصيبه فى وقت لا يدرى أيكون حقاً نصيبه أو لا يكون ، وإن قلنا إن القسمة لا تنفذ قطعاً ولكن يجوز كل من الإخراج والإقامة طبقاً لقاعدة أن للقاضى إخراج الناظر لمصلحة والإقامة لها نفاذ مؤقت ، لم يستقم هذا أيضاً لأنه لا مصلحة تقتضى ذلك فإن الإدارة فى هذه الحال تكون لحساب الجميع وليس فى وسعه أن يستبد بالغلة فى ذلك الحين فلا يتحقق المعنى الذى شرع من أجله الإخراج والإقامة فوق ما قد يجره هذا الصنيع من الارتباكات فلا فائدة من هذه الإقامة العاجلة التى لا مبرر لها . ولو أن قرار هذه الإقامة نفذ مؤقتاً طبقاً لأحكام

المادتين ٣٢٧ ، ٣٥٤ من لائحة المحاكم الشرعية لا يمكن وقف التنفيذ من طريق الإشكال لأنه قرار إقامة فهو واجب النفاذ ولا كلام ، وأقصى ما يقال فيه أنه قرار صدر خطأ ، وتلافى الأخطاء فى الأحكام والقرارات لا يكون من طريق الإشكالات ، هذا إلى أن الإشكالات حتى الآن لم تشرع إلا فى تنفيذ الأحكام ولم تشرع فى تنفيذ التصرفات ، والطريقة الوحيدة للتحلل من ذلك هو النظر فى استئناف هذه الإقامة على وجه السرعة .

٥٧٨ — وقد قالت هذه المادة « أو كان لمستحق نصيب مفرز » فأوردت النصيب منكراً لإفادة أن المراد أى نصيب كان ، سواء أ كان كل حصته فى الوقف أو كان بعضها . فإذا وقف على أولاده وجعل لواحد منهم نصيباً من الأعيان مفرزاً ليس له سواه وجعل بقية الأعيان للباقين على الشيوع وجبت إقامة هذا المستحق ناظراً على نصيبه المفرز ، وكذلك إذا قسمت أعيان الوقف بين المستحقين قسمة نهائية وأفرز لكل منهم نصيبه كاملا وجبت إقامته ناظراً ، وكذلك لو وقف وجعل لأولاده الذكور نصيباً مفرزاً من الأعيان ولأولاده الإناث نصيباً كذلك فلم يكن له إلا ابن و بنت وانحصر فيهما استحقاق الحصتين وجبت إقامة كل منهما على الحصة التى يستحق غلتها . ولو وقف على أولاده واختص واحداً منهما بنصيب مفرز مع جعله شريكا للباقين فى استحقاق الأعيان الأخرى طبقت هذه المادة على نصيبه المفرز ولا تطبق على نصيبه الشائع ، ولو كان الاستحقاق شركة وقسمت بعض الأعيان و بقى بعضها الآخر شائعاً لأن قسمته لم تكن ممكنة أو لأنها لم تطلب طبقت هذه المادة على الأنصبة المفرزة ولا تطبق على الأنصبة الشائعة ، ولو أنه وقف على أولاده الذكور وذريتهم قسما محدداً وعلى أولاده الإناث وذريتهم قسما محدداً وانحصر استحقاق حصة الإناث فى واحد من ذريتهن هو فى الوقت عينه من ذرية الذكور وله فى حصتهم شركاء طبقت أحكام هذه المادة على نصيبه المفرز وهو حصة الإناث ولا تطبق على نصيبه الشائع فى حصة الذكور .

٥٧٩ — ولا يمنع من كون النصيب مفرزاً أن يكون عليه حق ارتفاق للأنصبة الأخرى أو كان إفرازه على وجه يشوبه الشيوع . فلو قسم الوقف بين مستحقيه وكان على كل صاحب نصيب أن يؤدى ما يجب فى غلته من الخيرات

والمرتبات غير المعينة أو غير الدائمة أو الاستحقاق الآخر الذى لا يقسم له ، كان لكل من المقتسمين نصيب مفرز تطبق عليه أحكام هذه ، وهذا الحق الواجب فى غلته لا يخل بكونه نصيباً مفرزاً له لأنه اختص بأعيانه وصارت مفرزة له وحده لا له وللآخرين حتى يعتبر نصيبه شائعاً ، وما مثل هذا الحق إلا كمثل حق الارتفاق وما يجب فى غلة هذه الحصة من عمارة أعيانها وأداء ما عليها من الضرائب والأجر كالأحكار .

٥٨٠ — والنصيب المفرز لا يسمى نصيب المستحق إلا إذا كان استحقاقه لغلته ثابتاً له على وجه لا شبهة فيه ولا يدور بشأنه نزاع جدى بألا يكون محل نزاع أصلا أو كان فيه نزاع وفصل فيه نهائياً أو كان فيه نزاع غير جدى لا يقوم على أساس ولا على شبهة قوية ، أما إذا كان فيه نزاع جدى فانه لا يسمى نصيبه ما دام هذا النزاع قائماً ، وإذا كان النزاع الجدى فى بعض استحقاق الحصة المفرزة لم تطبق أحكام هذه المادة أيضاً لأن القدر المسلم به شائع والباقى متنازع فيه .

هذا إذا كان النزاع فى استحقاق الحصة أو بعضها ، أما إذا كان النزاع فى كون ذلك موقوفاً أو غير موقوف فانه يعتبر كله نصيبه وموقوفاً حتى يصدر الحكم النهائى فى هذا الموضوع .

ما هو حكم النصيب المفرز :

٥٨١ — والنصيب أو الحصة قسم من مقسم وجزء من كل ، فحكم هذه المادة لا يتناول كل الوقف بعبارته ولكنه يتناوله بدلالته من غير تردد فى ذلك . فلو كان الموقوف عليه واحداً معيناً بذاته أو انحصر الوقف كله فى واحد ولم يكن هو الناظر عليه وجب إخراج هذا الناظر وإن كان منصوب الواقف وإقامته هو عليه عملاً بحكم هذه المادة وأخذاً بدلالة نصها ، وإذا كان الناظر منصوب القاضى التقى فيه حكم هذه المادة وحكم المادة ٤٩ ، ولا فرق بين الحكمين فى هذه الحال إلا أن الإخراج طبقاً لهذه المادة عزل وطبقاً لتلك تقرير لانتهاء ولاية اعتبرها هذا القانون مؤقتة ، وإذا كان منصوب الواقف التقى فيه حكمها وحكم الفقرة الثانية من المادة ٢٢ .

ويكون حكم الوقف كله أيضاً كحكم النصيب المفرز إذا كان استحقاقه

لواحد وكان لغيره فيه استحقاق لا يقسم له إذا طلب صاحبه القسمة ، فإن هذا لا يخل باختصاصه بالأعيان وليس استحقاق الآخر إلا كحق ثابت فى الغلة أو على الأعيان ، فالشأن فيه كالشأن فى النصيب سواء بسواء .

وإذا كان الوقف أو النصيب الذى يكون للمستحق غير مفرز وشائعاً مع ملك المستحق نفسه فالواجب أن يطبق عليه حكم هذه المادة أيضاً ، حقاً إن الوقف أو النصيب ليس مفرزاً ولكنه فى حكم المفرز ويستوى معه فى المعنى الذى اقتضى هذا الحكم بدون فارق أصلا ، وكذلك يكون الحكم لو كان شيوع الوقف أو النصيب مع ملك غيره ، وإذا كان هناك شىء من الفرق بينه وبين الحصة المفرزة فإن هذا لا أثر له فيما لا يتعلق بإدارة الوقف وكون الناظر عليه يعمل لغيره مع إمكان أن يعمل الإنسان لنفسه فيما هو خالص حقه لا يشاركه فيه غيره وإن كان شائعاً فى ملك . على أنه إذا صح أن يكون هناك تردد فى تطبيق هذه المادة فى هذه الحال فلا تردد فى تطبيق القاعدة الفقهية وتطبيق الفقرة الثانية من المادة ٢٢ إذا كان النظر لغيره بشرط الواقف ، ولا فى تطبيق المادة ٤٩ إذا كان النظر لغيره بإقامته من القاضى .

الحصة الشائعة :

٥٨١ — وحكم هذه المادة خاص بالحصة المفرزة من الأعيان ، وليس لها حكم فى الحصة الشائعة من الأعيان أو الاستحقاق . وقد عرف مما سبق أن الاستحقاق الذى لا يقسم له لا ينظر إليه فى باب القسمة وباب النظر على أن لصاحبه حصة فى الأعيان الموقوفة بل ينظر إلى أن له مجرد حق فى غلتها وأن هذا لا يمنع من اختصاص غيره بها فيقسم له وتعتبر حصته مفرزة تطبق عليها أحكام هذه ، وهذه النظرة فيما يتعلق بالقسمة وبالنظر لا تمس حقه فى الأعيان من النواحى الأخرى كما لو تقرر إنهاء الوقف طبقاً للمادة ١٨ أو كان مؤقتاً وانتهى . أما الاستحقاق الذى يقسم له إذا كان الموقوف قابلا للقسمة ولم يقسم أو كان غير قابل فإن لصاحبه حصة شائعة لا تطبق عليها أحكام هذه المادة ولكن تطبق عليها أحكام المادتين التاليتين إن كان هناك محل لتطبيقهما وإلا طبقت عليها الأحكام الأخرى .

٥٨٢ — والحصة الشائعة قد تكون فى الوقف كله ، وقد تكون فى أوقاف متعددة

اعتبرت بمثابة وقف واحد ، وقد تكون فى حصة مفرزة من وقف ومن هذا النوع الأخير حصة المستحق فى الحصة التى أفرزت بالقسمة لجماعة من المستحقين ، فليس لواحد منهم نصيب مفرز من الأعيان ، ولا يسمى أحد منهم مستحقاً له نصيب مفرز ولا أنه مقتسم له نصيب مفرز ، والإفراز إنما كان لجماعتهم لا لكل منهم ، فلا تطبق أحكام هذه المادة على حصص هذه الجماعة لا بعبارة النص ولا بدلالته . ومن الناس من ذهب إلى أن حكم النظر على حصة هذه الجماعة ثابت بدلالة نص هذه المادة وأخرج الناظر من النظر عليها وأقام عليها بعض مستحقيها ، وهذه طريقة غير سليمة ، فليس لنص هذه المادة دلالة على ما ذهب إليه لاختلاف المعنى فى المسألتين اختلافاً بيناً ، ففى الحصة المفرزة للمستحق الواحد يقام مستحقها فى النظر عليها ليعمل لنفسه خاصة وليعنى بها عنايته بأملاكه الطلقة وليتقى عنت غيره وجشعه وإهماله ، أما الحصة المفرزة لجماعة من المستحقين فإن من يقام فى النظر عليها من بينهم يكون عاملا لنفسه ولغيره والباقون يعمل لهم سواهم وليس لهم القدرة على تلك العناية ولا فى استطاعتهم تجنب العنت والجشع والإهمال فافترق البابان فيما هو الباعث على التشريع افتراقاً واضحاً ، حقاً إن من يعمل لهم الغير قد صاروا أقل ممن كان يعمل لهم الناظر الأصلى ولكن هذا الفرق لا يقدم ولا يؤخر وليس له أثر فى موضوعنا ، على أن دلالة النص هذه التى يزعمون كانت تقضى لو صحت بإقامة كل واحد من هذه الجماعة ناظراً على حصته لأن هذا هو حكم هذه المادة وهذا ما تمنعه المادة ٤٨ التى تنهى عن التعدد البغيض ، أما إقامة واحد من بينهم اتباعاً لدلالة النص فإنه أمر غير مفهوم ، والوجه السليم أن هذه الحصة المفرزة تعتبر وقفاً مستقلا لأربابها فإذا كان الناظر عليها من غير أهلها كان أجنبياً بالنسبة إليها ، فإن كان منصوب القاضى طبقت أحكام المادة ٤٩ ، وإن كان منصوب الواقف طبقت أحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٢ واعتبر الوقف شاغراً لبطلان شرط النظر أو طبقت القاعدة الفقهية وأخرج الناظر طبقاً لها ، وإذ ذاك تطبق فى الإقامة عليها أحكام المادة ٤٩ . أما إذا لم يكن من الممكن تطبيق الفقرة والقاعدة المذكورتين فلا مناص من بقاء منصوب الواقف ناظراً عليها ولا تطبق عليه أحكام هذه المادة التى لا حكم لها فى هذه الحال لا بالعبارة ولا بأى نوع من أنواع الدلالات .

المذكرة :

٥٨٣ — وأحكام هذه المادة تطبق على الأوقاف السابقة والأوقاف اللاحقة والحوادث السابقة واللاحقة ، غير أن طبيعة الحكم الوارد بها تقضى بأنه ليست هناك قيمة عملية لتطبيقه على الحوادث السابقة على العمل بالقانون ، ولكن إذا فرض أنه كان لمستحق حصة مفرزة فأخرجت المحكمة ناظرها بالشرط وأقامت المستحق قبل العمل بالقانون أصبح هذا التصرف صحيحاً واجباً أن يعمل به .

ولا يمنع من تطبيق هذه المادة أن يكون قد صدر للناظر بالشرط على الحصة المفرزة حكم قضائى باستحقاقه للنظر عليها وكان المحكوم عليه هو المستحق الذى يطالب بالنظر طبقاً لأحكام هذه المادة أو من بين المحكوم عليهم ، فإن الأحكام النهائية فى الولاية على الوقف لا تبقى نافذة بين طرفى الخصومة إذا كانت مخالفة لأحكام هذا القانون كما يقضى بذلك مفهوم المادة ٦٠ .

وهذه المادة لا تسرى على الأوقاف المبينة بالمادة ٦١ .

أقوال الفقهاء :

٥٨٤ — نقل فى البحر عن القنية أن القاضى لو نصب قيما آخر لا ينعزل الأول إذا كان منصوب الواقف و إذا كان منصوبه و يعلمه وقت نصب الثانى ينعزل ، وقال إنه سيأتى عن الخانية أنه مقيد بما إذا رأى المصلحة فى ذلك . ونقل ابن عابدين فى حاشيته على البحر عن أبى السعود تعقيب شاهين على ذلك بأنه مخالف المنصوص عليه فى جامع الفصولين من أنه إذا كان للوقف متول من جهة الواقف أو من جهة غيره من القضاة لا يملك القاضى نصب متول آخر بلا سبب موجب لذلك وهو ظهور خيانة أو شىء آخر ، ورده على ذلك بأنه لا منافاة بين ما فى القنية وما فى جامع الفصولين لأن قول جامع الفصولين « أو شىء آخر » يشمل المصلحة ، ونقله لما فى أنفع الوسائل من أن القاضى إذا عزل العدل الكافى يصح وله أن يولى غيره و إن لم تظهر منه خيانة .

وقد جاء فى الخصاف أنه ليس للقاضى إخراج منصوب الواقف إلا بخيانة ظاهرة . وفى جامع الفصولين عن قواعد شيخ الإسلام مثل ذلك ، وفيه أيضاً أن

القاضي لا يملك نصب وصى وقيم مع بقاء وصى الميت وقيمه إلا عند ظهور الخيانة وفى الإشباه لا يجوز للقاضى عزل الناظر المشروط له النظر بلا خيانة و إن عزل لا يصير معزولا ولا الثانى متولياً . وقال البيرى فى تعليقه على ما فى الاشباه ينبغى أن يقيد بما إذا لم يكن فيه فائدة ، أما إذا كان عزله خيراً للوقف كان له عزله كما فى جامع الفصولين و بنى على هذا جواز عزل المشروط له النظر ونصب غيره إذا كان المشروط له لا يرضى إلا بالأجر وكان الأجر غير مشروط والآخر يقبل النظر بلاأجر. ونقل فى أدب الأوصياء اختلاف المشايخ فى عزل القاضى للوصى العدل الكافى الأمين ثم قال ومقتضى قواعد الفقه جواز عزله ونفاذ إخراجه مطلقاً لأن القاضى لا يفعل ذلك إلا لمصلحة وأن الأولى عنده أن يجعل اختلاف المشايخ فى ذلك من قبيل اختلاف العصر والزمان لا من قبيل اختلاف الحجة والبرهان . هذا موجز ما فى أدب الأوصياء ، ومن المعروف أن القيم وصى للواقف وأحكامه تستقى من أحكام الوصى . وقال الرافعى فى التقرير إن الذى حققه السندى بعبارة طويلة أن الوصى أو المتولى المنصوب من الواقف أو القاضى لو لم يتحقق من أحدهما خيانة وأراد من عدا قاضى القضاة عزله و إقامة غيره مقامه ممن هو أصلح منه وأورع فليس له ذلك ولا يتولى ذلك إلا قاضى القضاة . فالتحقيق المنقول عن السندى هو جواز الإخراج و إقامة الغير فى حد ذاته ، أما مسألة من يتولاه فهى مسألة اختصاص وولاية وهى لا تعنينا .

من هذا تبين أن فى المسألة اختلافاً وأن التحقيق هو ماجرى عليه الطرسوسى وصاحب أدب الأوصياء والبيرى والسندى ، وهو تحقيق متين وفيه توفيق تام بين النصوص ، وهو ، كما قال فى أدب الأوصياء ، الذى تقضى به قواعد الفقه . والفائدة أو الخيرية أو المصلحة التى وردت فى كلامهم ليست محدودة بحد ولا مقيدة بنوع فأى مصلحة تظهر للقاضى تجعل له الحق فى أن يخرج المتولى على الوقف من أجلها وتقيم غيره بدلاً منه سواء أكان منصوبه أم منصوب قاض آخر أم منصوب الواقف . ولا ريب فى أن إخراج غير المستحق و إقامة المستحق على نصيبه فيه مصلحة كبرى وفائدة عظمى وهو الخير كل الخير ، فالحكم الوارد بهذه المادة هو التحقيق من مذهب الحنفية .

٥٨٥ — كانت هذه المادة فى المشروع الأول فقرة أولى لإحدى مواده ، وكان نص فقرتها الثانية « و يعتبر ممثل الجهة الخيرية قانوناً كأحد المستحقين » أى أنه تجب إقامته على الحصة الخيرية المفرزة ، وهو حكم متسق مع اتجاه لجنة الأحوال الشخصية نحو الممثل المذكور ، فهو الذى يقبل الوقف و يرده ، وهو الذى يطلب القسمة ، وهو الذى يجب إقامته فى النظر ، وهو يكون من بين المستحقين عند اختيار الناظر على الوقف الشائع ولكن اتجاه لجنة العدل بمجلس الشيوخ فى العرضة الأولى كان على العكس فيما عدا القبول والرد ، فجعلت طلب القسمة للناظر لا لممثل الجهة الموقوف عليها ، ووضعت بدل هذه الفقرة مادة نظمت بهـا النظر على الوقف الخيرى و إن كان حصـة ، هى المـادة ٤٧ ، ولمـا جرى ما جرى وأعيدت المـادة من المجلس إلى اللجنة حذفت المادة ٤٧ وجعلت نص الفقرة المذكورة هو « وتقيم المحكمة ناظراً على حصة الخيرات إذا لم يكن لها ناظر بشرط من الواقف أو من قبل القاضى » فكان حكما لا لون له ولا طعم ، ولعل بيت القصيد فيه كما يقولون هو « إذا لم يكن لها ناظر » وقد حذفت لجنة التنقيح هذه الفقرة وأعادت المادة ٤٧ وأبقت الفقرة الأولى كما هى و بقيت على حالها إلى أن صدر القانون .

٤ — النظر على الوقف الخيرى

مادة ٤٧ — إذا كان الوقف على جهة برّ كان النظر عليه لمن شرط له ثم لمن يصلح له من ذرية الواقف وأقاربه ثم لوزارة الأوقاف . هذا ما لم يكن الواقف غير مسلم وكان مصرف الوقف جهة غير إسلامية ، فإن النظر عليه يكون لمن تعينه المحكمة ، مع ملاحظة أن هذا الترتيب ترتيب فى الصلاحية .

ا — الولاية على الوقف الخيرى

٥٨٦ — اتجه الشارع إلى تنظيم أحكام النظر على الأوقاف الخيرية واضعاً نصب عينيه أنها بمثابة الأموال العامة للدولة لأن غلتها تصرف فى وجوه

الخير والنفع العام ، ضاقت دائرته أو اتسعت ، وأنها محل للأطماع وقل أن يوجد من الأفراد من يحميها من الاغتيال لوجه الله وحده . فوجهة الشارع هنا هى رعاية هذه الأوقاف نفسها قبل كل شىء لا تقرير حق لمن جعل لهم حق النظر عليها فإن هذا يأتى فى المرتبة الثانية من الهدف الأول ، بل لو وضعنا الأمر فى نصابه لقلنا إنه يقرر واجباً على الفئات التى جعل لها النظر لا أنه يقرر لها حقاً مقصوداً . ولم يقلل من شأن هذه النظرة ما طرأ على هذه الأحكام من التحوير والتعديل . ومن هذا يتبين أن الأمر هنا جد مختلف عنه فى النظر على الحصة المفرزة وعلى الأوقاف الأهلية حيث نظر فيه أولا وقبل كل شىء إلى حماية المستحقين من العنت ، وقصد به إلى تقرير حقوق لهم لا واجبات عليهم .

٥٨٧ — ولم يتجه أحد فى أى مرحلة من المراحل التى مرت بها هذه الأحكام إلى أن يمس ولاية الواقف على وقفه الخيرى[1] . فأحكام هذه المادة لا محل لتطبيقها إذا كان الواقف حياً وكانت له الولاية على وقفه ، شرط النظر عليه لنفسه أو شرطه لغيره أو لم يكن فيه شرط أصلا ، وإذا كان له فيه شرط فسيان أن يكون هذا الشرط ظاهر التحقق أو منقطعاً أو لا يتبين انطباقه . ففى جميع هذه الأحوال لا مدخل لأحكام هذه المادة فى النظر على وقفه ، لأنه صاحب الولاية عليه ولاية طبيعية ، وهو الذى إليه أمر نصب القوام وعزلهم ، ومن يوليه عليه ليس إلا محض وكيل عنه ما دام حياً .

وإذا كان الواقف حياً وهو عديم الأهلية ففى هذه الحالة يعتبر فى حكم الميت بالنسبة للنظر وإقامة المتولين وعزلهم . فالواجب فى هذه الحالة أن تطبق أحكام هذه المادة ما دام غير أهل . وإذا كان الواقف حياً ولم تكن له ولاية التدبير والتصرف فى وقفه لأنه أخرج من النظر لخيانة أو للحجر عليه للسفه ، فمن يذهب

(١) لما وضعت هذه المادة لجنة العدل بمجلس الشيوخ فى العرضة الأولى نصت فيها على الواقف . ولما حذفته من متن المادة فى العرضة الثانية قالت عن ذلك فى تقريرها «رأت اللجنة أن تجعل النظر لمن «شرط له» بدلا من عبارة «للواقف» كى يشمل المراد الواقف على كل حال ، وغيره من المشروط لهم النظر» . ولما أعيد المشروع إلى مجلس النواب وافقت لجنة الشئون التشريعية على التعديلات التى أدخلها عليه مجلس الشيوخ وقالت عن هذه المسألة في تقريرها «والمفهوم أن جعل النظر «لمن شرط له» ينطبق على الواقف وغيره من المشروط لهم النظر وأنه إذا لم يشترط الواقف النظر اعتبر هو الناظر لأنه ولى الوقف» .

إلى أن ولاية نصب القوام وعزلهم حق مستقل للواقف ومنفصل عن ولاية التدبير والتصرف لا يطبق أحكام هذه المادة إلا إذا امتنع الواقف عن استعمال هذا الحق أو أهمل فيه على وجه يضر بالوقف فإذ ذاك يطبق أحكامها ، ومن يذهب إلى أن هذا الحق ليس حقاً مستقلا وأنه حق متفرع عن الحق الآخر يطبق أحكام هذه المادة دائماً لأن الواقف ليس له بناء على هذا أى نوع من الولاية على وقفه .

٥٨٨ — وقد نصت هذه المادة على أنه إذا كان الوقف على جهة بر كان النظر عليه للفئات الثلاث التى ذكرتها على الترتيب ، والواقع أن هذه المادة لم تنشىء أى حق للفئة الأولى ، فئة من شرط لهم النظر ، بل الحق ثابت لها بشرط الواقف ومستمد منه دون سواه ، وإنما أنشأت حقاً للفئتين التاليتين لها لا غير ، وإنما ذكرت الفئة الأولى توطئة لبيان الحق الذى يراد إنشاؤه ولتبيين مرتبة من جعل له هذا الحق بعدها ولم يقصد بذكرها شىء أكثر من ذلك .

والحق الذى يقرره القانون للفئتين الثانية والثالثة ليس هو نفس النظر بل هو حق الإقامة فيه من القاضى التى يجب أن تكون وإن كان للوقف ناظر فعلا من غير هاتين الطبقتين ، فالواجب إخراجه وإقامة من يستحق الإقامة من هاتين الطبقتين ، فأمر النظر هنا من هذه الناحية كأمره فى النظر الوارد فى المادة ٤٦ سواء بسواء ، وإذا كان الشارع هنا قد غاير فى الأسلوب وقال « كان النظر عليه » ولم يقل « وجبت الإقامة » كما قال هناك ، فإنه لا يقصد من هذه المغايرة أن يغاير فى المعنى ، وليس هذا إلا أمراً اقتضته الصياغة ودعا إليه أن أولى هذه الفئات لاتقام من المحكمة وحقها ثابت بالشرط ، فكان لابد من عبارة تتناسب مع الفئات الثلاث ، فأتى بها على هذا الوضع الملائم وأتبعها بقوله « وتخرج المحكمة من يكون ناظراً عليه بغير شرط الواقف وتقيم وزارة الأوقاف ». وقال عن ذلك فى المذكرة التفسيرية « ويكون النظر عليها لوزارة الأوقاف فى جميع الأحوال من طريق إقامة القاضى الذى يجب عليه إقامتها وذلك لاعتبارات عديدة ، أهمها أن القضاء هو الذى يستطيع أن يكشف عما إذا كان الوقف خيرياً وعلى جهة عامة أوليس كذلك ، فهو الذى يستطيع أن يحسم كل ما قد يجد من نزاع بين وزارة الأوقاف وبين واضعى اليد على الأعيان أو من لهم شأن يتعلق بها ،

ومن ناحيــة أخرى قد يكون هناك نظر قائم عل تلك الأوقاف من قبل القاضى فيجب أن يرفع الأمر إلى القضاء ليبحث الحال حتى إذا وجد أن الحق فى النظر لوزارة الأوقاف أخرج النـاظر الموجود وأقام وزارة الأوقاف بدلا منـه و إلا أبقى الحال كما هو ، إلى غير ذلك من الاعتبارات التى لها أهميتها » . وقد قيل هـذا حينما كانت وزارة الأوقاف تاليــة لمنصوب الواقف، وقد ازداد الأمر دقة وقويت هذه الاعتبارات إلى أقصى حد بإدخال الفئة الثانية التى صارت طبقة بين منصوب الواقف ووزارة الأوقاف . حقاً إن العبارات التى كانت ضمن المادة قد حذفها مجلس النواب حين أعاد الصياغة بعد التعديل و بقيت محذوفة ، ولـكنها لم تحذف لمقصد سوى الإيجاز ، ولذلك لم يرد بشأنها أى كلام بالمجلس ولم تدر حولها أى مناقشة ، كما أن لجنة العدل ومجلس الشيوخ لم يعرضا لها بأى كلمة فمقصد الشارع واضح تمام الوضوح من الاعتبارات التى أوردها وزادها التعـديل قوة . على أنا لو ذهبنا إلى أن هذه المـادة تقرر حق النظر نفسه للفئتين الأخيرتين و إلى أنه حق مستمد من القانون، كادت أحكام هذه المادة تكون عبثاً، ولا يتحقق للشارع الغرض الذى يهدف إليه من حصر النظر فى هـذه الفئات . فإنه إذا كان حقها فى نفس النظر وكان حقاً ثابتاً بقوة القانون وجب الالتجاء فى شـأنه إلى المحاكم القضائية برفع دعاوى استحقاق النظر كما يفعل من يرون أن لهم هذا الحق بمقتضى شرط الواقف ، و إلى أن يثبت هــذا الحق لا تترك محاكم التصرفات الأوقاف بدون ناظر له حق إدارته ، فتقيم عليهـا من تشاء مؤقتاً غير متقيدة بأحكام هذه المـادة كما كان الحال من قبل . ومن كابد القضاء وأعمال المحاكم يعرف أن دعاوى استحقاق النظر نادرة ولا يلجأ إليها إلا القليل لصعوبة طريقها، وأن الأكثرية الساحقة تلجأ الى الإقامة وتكتفى بها ، و إذ ذاك يكون حال الحق الذى يقرره القـانون كالحق الذى يشرطه الواقف، وتكون أحكام هذه المـادة من الأحكام الميتة التى قل أن يلجأ إليها أحد و يضيع على الشارع ما قصده وإنه لأحصف من أن يقع فى مثل ذلك . فحق الفئتين الأخيرتين هو الإقامة ، ولا يثبت لواحد منهما حق النظر الا بإقامة المحـكمة ، ولا يحول بينهما و بين هذا الحق وجود ناظر على الوقف من غير هذه الطبقات .

٥٨٩ — والشارع حريص كل الحرص على ألا يخرج النظر على الأوقاف

الخيرية عن الطبقات الثلاث ما كان ذلك ممكناً ، و يظهر هذا الحرص من سياق المادة ، ومن المسلك الذى سلكه فى الترتيب بين هذه الفئات ، ومن أنه اغتفر هنا تعدد النظار ، واستبعد إعطاء هذا الحق لممثل الجهة الموقوف عليها ، ومن أنه لم يجعل للمستحق إذا كان أهلا للنظر حقاً فيه مع وجود من يستحق النظر أو يصلح للإقامة من هذه الطبقات فليس للمحكمة أن تقيم غيرها متى كانت الإقامة من بينهم ممكنة ، أما إذا لم تكن ممكنة فلا مناص من الاتجاه إلى الأحكام الأخرى، فإذا وقف على طلبة العلم من أهل قريته ولم يكن هناك من شرط له النظر ولا من يصلح له من ذرية الواقف وأقاربه وأبت وزارة الأوقاف أن تقبل إقامتها فى النظر عليه أو فرض أنها ألغيت وكان فى المستحقين من يصلح لذلك وجب على المحكمة أن تقيم الناظر عليه من بينهم وألا تولى عليه أجنبياً إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك . كما يجب أن تأخذ باختيار من لهم أكثر الاستحقاق حين الإقامة طبقاً للمادة ٤٩ . و إذا انحصر الاستحقاق فى واحد وكان أهلا للنظر وجبت إقامته طبقاً للمادة ٤٩ .

٥٩٠ — والإقامة هنا قد اجتمع فيها الحقان : حق الوقف ، وحق من تجب إقامته ، ولكن الحق الأول هو الأقوى وهو المقصد الأول من هذه الأحكام كما عرفنا ، فرعاية لهذا الحق يجب على المحكمة أن تقيم من تجب إقامته متى ظهر لها أمره و إن لم يطلب ذلك منها ، نعم إن أبى ذلك وامتنع عن قبول هذا الحق قبل الإقامة انتقل الحق إلى غيره لأنه ، و إن كان حقاً أشبه شىء بالواجب ، لم يخرج عن كونه حقاً لا جبر عليه . فإذا طلب الإقامة فى النظر على الوقف الخيرى من لم يظهر أنه من هذه الطبقات وظهر للمحكمة أن هناك من الذرية من يصلح له ولم يطلب ولم يأب أقامته ، فإن أبى أو لم يظهر أن هناك من يصلح من هذه الطبقة أقامت وزارة الأوقاف و إن لم تطلب ذلك ما دامت لم تأب الإقامة .

٥٩١ — والنظر الذى تقرره هذه المادة لهذه الطبقات وجملته لا يخرج عنها بالقدر المستطاع هو النظر أياً كان نوعه نظراً كاملاً كان أو نظراً بالاشتراك و نظراً مع الاذن بالانفراد . فلو أن الواقف كان موجوداً وكان ناظراً على وقفه الخيرى وحكم بأن يضم إليه ثقة يشترك معه فى النظر أو ثقة ينفرد بالعمل دونه ،

وجب أن يكون هذا الثقة من هـذه الطبقات . ولو كان النظر مشروطاً لاثنين بالاسم ومات أحدهما أو خرج أو أخرج من النظر ولم تر المحكمة كفاية الباقى منهما ولم يكن للواقف شرط فى ذلك وجب أن يكون من يقام معه فى النظر من الطبقتين الأخيرتين على الترتيب . وسيأتى لهذا بقية فى الترتيب .

ب — جهة البر واستحقاقها

٥٩٢ — ذكرت فيما مضى المعنى الفاصل بين الوقف الخيرى والوقف الأهلى، وبينت أيضاً أن هذا القانون قد استعمل كلا من الخير والقربة والبر بمعنى واحد، هو التطوع والتقرب إلى الله بجعل الريع مصروفاً على وجه الصدقة وذلك بأن يكون مصرفه المباشر من أهل الاستحقاق وهم الآدميون ، وفى هذه الحال لا يخل بمعنى الصدقة أن يجتمع معها معنى آخر ، كأن يكون أجرة لمن يقوم بعمل من أعمال الخير ، أو بجعل الريع مصروفاً إلى وجه فيه نفع عام كبناء المساجد والمستشفيات والغزو والحج وحفر القبور وأشباه ذلك . فجهة البر شاملة لهذين النوعين ولا تختص بالنوع الثانى وإن كانت أحياناً تستعمل فيه خاصة . ويستوى أن يكون لجهة البر اختصاص بالواقف أكثر من سواه كالوقف على فقراء قرابته أو ذريته وأهل طائفته الدينية والوقف على طلبة العلم منهم ، والوقف على مقابره هو وأسرته ، والوقف على دار ضيافته وأمثال ذلك ، وأن تكون هذه الجهة عامة أى ليس لها به مثل هذا الاختصاص ، كالوقف على الفقراء عامة أو على فقراء المسلمين أو على فقراء قرية معينة ، والوقف على طلبة العلم أو طلبة العلم من ناحية بعينها ، والوقف على المساجد والمدارس والمستشفيات والجهاد والحج وأضراب ذلك . فكل هذا مما يتناوله اسم البر ويصدق على الوقف عليه أنه وقف على جهة بر .

٥٩٣ — وكل جهة من جهات البر يعتبر الوقف عليها صحيحاً فى نظر هذا القانون تتناولها جهة البر الواردة فى هذه المادة كما تتناولها أحكام هذا القانون الأخرى وإن لم تكن جهة بر فى نظر فقهاء الشريعة الاسلامية وكانت من جهات البر فى شريعة الواقف ، كوقف غير المسلم على كتابة التوراة والانجيل ونشرها وتعليمها ، أو على إنشاء المعابد غير الاسلامية وعلى من يقومون فيها بأمر الطقوس

الدينية والعبادة ، أو لم تكن جهة بر فى شريعة الواقف وكانت قربة فى الشريعة الإسلامية ، كوقف غير المسلم على الحرمين أو على إنشاء المساجد أو عمارتها أو طلبة العلوم الدينية الإسلامية ، أو كانت قربة فى نظر الشريعتين كالوقف على بيت المقدس أو على الفقراء من غير المسلمين أو على إنشاء المدارس والمستشفيات والقناطر وكل ما فيه خير عام . فكل هذا مما تتناوله جهة البر الواردة فى هذه المادة .

٥٩٤ — ومعنى كون الوقف على جهة بر أن يكون استحقاق غلته الفعلى لهذه الجهة ، سواء كان ذلك ابتداء بأن كانت مصرف ريعه من وقت إنشاء الوقف أو التغيير فيه ، أم كان ذلك مآلاً بأن كان الاستحقاق فيه أولا لغيرها ثم صار إليها ، وسيان أن تكون صيرورة الاستحقاق الفعلى لها آتية من شرط صريح للواقف أو آتية من انقطاع المصرف الاستثنائى واستحقاق هذه الجهة له بمقتضى جعل الأعيان صدقة موقوفة . أما إذا كانت جهة البر موقوفاً عليها ولكنها ليست مستحقة بالفعل فإن الوقف فى هذه الحال لا يسمى وقفاً على جهة بر ولا تتناول النظر عليه أحكام هذه المادة . فلو وقف على إنشاء مسجد أو مدرسة فإذا تم ذلك كان الريع مصروفاً لأولاده وذريته وتم هذا الانشاء لم يكن الوقف إذ ذاك وقفاً على جهة بر وإن كان وقفاً عليها فيما مضى . وإذا وقف على أولاده وذريته ثم على الفقراء أو على الحرمين أو على المساجد لم يكن الوقف إذ ذاك على جهة بر لأن نوبة استحقاقها لم تأت بعد . هذا هو المعنى المراد هنا وهو الذى يعنيه سياق هذه المادة ومقابلة أحكام المواد السابقة عليها والتالية لها وما جاء بالمذكرة التفسيرية والأمر فيه غاية فى الوضوح وليس الشأن فيه كالشأن فيما جاء بالفقرة الثالثة من المادة ١١ ، فليس المراد من قول هذه المادة « إذا كان الوقف على جهة بر » الوقف عليها حالاً أو مآلاً ، بل المراد أن تكون غلة الوقف لجهة البر والاستحقاق فيه ثابت لها فعلا ، ولو لم يكن هذا هو المراد الواجب أن تطبق أحكام هذه المادة فى النظر على الأوقاف المؤبدة وإن كان الاستحقاق فيها جميعه أهلياً وهذا ما لا يريده الشارع قطعاً وإرادته هنا واضحة وليست محلا لأى شك .

٥٩٥ — ولا يصح أن يقال إن الوقف على جهة بر بمعنى أن استحقاقه الفعلى ثابت لها ، إلا إذا كان استحقاقها أمراً ليس فيه نزاع جدى ، بأن لم يكن

فيه نزاع أصلاً ، أو كان فيه نزاع غير جدى ، أو كان فيه نزاع جدى فصل فيه بقضاء نهائى . أما إذا كان هنك نزاع جدى فى كونه خيرياً فلا يمكن اعتبار جهة البر مستحقة فى هذه الحال ولا تطبق أحكام هذه المادة . فإذا كان النزاع فيه نزاعاً جدياً بين جهتى بر وليس هناك من يزعم أن الاستحقاق فيه أهلى فإنه تطبق فى هذه الحال أحكام النظر بالشرط ثم لا تطبق أحكام نظر الذرية والقرابة إذا اختلف فى الواقف ولكن تطبق حتما الأحكام الخاصة بإقامة وزارة الأوقاف فى النظر عليه . وإذا كان هذا النزاع فى كون الاستحقاق أو بعضه خيرياً أو أهلياً ولم يكن أحد الأمرين معروفاً قبل حصول النزاع لا تطبق أحكام هذه المادة ، إذ لم يثبت أنه خيرى كما أن ذلك لم يكن معروفاً من قبل ، ولا تطبق أيضاً أحكام هذا القانون فى النظر على الوقف الأهلى ويكون الأمر فيه للمحكمة تقيم من ترى المصلحة فى إقامته ، وذلك كمن وقف وجعل مصرف وقفه أهلياً ثم غير وجعله خيرياً ثم عدل عن ذلك وجعل بعضه خيرياً والبعض الآخر أهلياً ثم مات ووقع النزاع عقب موته فى صحة هذه التغييرات وأهليته لها ولم يفصل فيه ، وكأحد الزوجين يدعى أن له استحقاقاً واجباً فى وقف الآخر الخيرى ولم يفصل فيه ، ولا ريب أن المصلحة تقضى بعدم التعدد فى الحالة الأخيرة ، أما إذا كان أحد الأمرين معروفاً من قبل واستقر شأنه مدة ثم طرأ النزاع بعد ذلك فقبل الفصل فيه يبنى الأمر على ما كان معروفاً مستقراً من قبل وتطبق الأحكام الخاصة به ولا يعدل عنه لأمر من المحتمل أن يكون وألا يكون.

٥٩٦ — ويكون الوقف على جهة بر إذا كان وقفاً تقادم عهده ويقطع بأنه وقف ولكن مصارفه غير معروفة لا من كتاب وقف ولا من عمل النظار السابقين ومثل هذا الوقف يعبر عنه عادة بأنه وقف مندثر أو بأنه وقف لا تعرف فيه جهة الاستحقاق ، وكل غلة لا يعرف لها وجه فمصرفها هم الفقراء لأنهم المصرف الأصلى لكل وقف بحكم جعله صدقة موقوفة وسبيل الصدقة هم الفقراء . ويكون الوقف أيضاً وقفاً على جهة بر إذا عرف شرط واقفه وعرفت جهة الاستحقاق فيه ولكن لم يعرف وجود من يستحق غلته استحقاقاً أهلياً ، وذلك كمن وقف على ذريته أو قرابته ثم على جهة بر ولم يظهر أن له أحداً من الذرية أو القرابة فلا مناص حينئذ من اعتبار مصرفه هو جهة البر إلى أن يظهر أن هناك من يستحق

غلته من الموقوف عليهم قبلها ولا يعطل صرف الريع إلى الجهة بعد التلوم وعدم ظهور مستحق يسبقها . أما إذا وجد فعلا أحد من الذرية أو القرابة ثم صار مفقوداً فإن الوقف قبل اعتباره ميتاً لا يكون وقفاً على جهة برّ ويحتجز الريع حتى يتبين حاله فإن حكم بموته كان ميتاً من وقت الفقد ويعتبر الوقف خيرياً من ذلك الحين وإن ظهر حياً كانت الغلة حقاً خالصاً له . وأثناء مدة الفقد قبل الحكم بالموت لا يعتبر الوقف خيرياً ولا تطبق عليه أحكام هذه المادة ، كما أنه لا تطبق عليه أحكام هذا القانون فى النظر على الوقف الأهلى لأن المفقود لا يعتبر مستحقاً وإن روعى حقه باحتجاز الريع احتياطاً ونظراً له ولكن استحقاقه لا يثبت إلا إذا ظهر حياً كما هو الحال فى الميراث .

م — الوقف

٥٩٧ — وقد عرفنا أن الوقف الخيرى هنا هو الوقف الذى يصرف ريعه فعلا لجهة خيرية أما لكونه خيريا من الأصل أو لأنه صار خيريا، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون وقفاً مؤقتاً أو وقفاً مؤبداً ، ولا بين أن يكون وقف مسلم أو وقف غير مسلم مع مراعاة الاستثناء الذى سيأتى إيضاحه فى الطبقة الثالثة .

وللقانون فى معنى الوقف هنا اصطلاح أعرب عنه فى المذكرة التفسيرية أتم إعراب ، وقد استعمل فى هذه المادة فى معنى ربما كان أوسع معنى استعملت فيه هذه الكلمة ، فهو فى استعماله هنا شامل لما يأتى :

أولاً — الوقف المستقل الخيرى المحض الذى لا يكون فيه استحقاق أهلى أصلا لا غلة حصة من الأعيان ، مفرزة أو شائعة ، ولا سهم فى الغلة ، ولا فاضل غلة ، ولا مقدار منها ، معيناً كان أو غير معين ، دائماً كان أو غير دائم .

ثانياً — الوقف الذى قصدت به جهة البر ولكن شرطت فى غلته بعض المرتبات الأهلية فإنه يعتبر كله فى جانب النظر وقفاً خيرياً تطبق عليه جميعه أحكام هذه المادة ولا تطبق عليه ولا على المرتبات الأهلية وحدها أحكام هذا القانون الأخرى فى النظر على الوقف . وقد أطلقت المذكرة التفسيرية القول فى ذكر « بعض المرتبات الأهلية » ، ولكن المقابلة بين الصور التى أوردتها تعين أن المراد بها

المرتبات الأهلية التى لا يقسم لها، أما إذا كانت من المرتبات التى يقسم لها فانه يكون لأصحابها حصة ولجهة البر حصة، وتكون هذه الحالة مما يندرج تحت الصور التالية . وقد اقتصرت المذكرة على المرتبات الأهليـة بهذا المعنى ولكن المقادير التى ليست من المرتبات ولا يقسم لها وفاضل الغلة الذى لا يقسم له كل منهما مساو للمرتب فى المناط فيكون مثله فى هذا الحكم بدلالة النص . فكل وقف خيرى فيه استحقاق أهلى لايقسم له، مرتباً كان أو مقداراً آخر أو فاضل غلة، يعتبر كله فى جانب النظر وقفاً خيرياً وتطبق عليه أحكام هذه المادة .

ثالثاً — الحصة من الوقف تكون على جهة البر، فهـذه الحصة وحدها هى التى تعتبر وقفاً خيرياً تطبق عليـه أحكام هذه المادة دون الحصة الأخرى . ويستوى فى هذا الحكم أن تكون الحصة الخيرية هى الأكثر أو الأقل أو مساوية للحصة الأخرى . وهذه الحصة قد تكون حصة فى الأعيان الموقوفة، شائعة كانت أو مفرزة، وقد تكون حصة فى استحقاق الغلة، أى سهماً فيه، وهو إما أن يكون سهماً محدداً من الواقف أو يكون سهماً يتحدد بتعين الموقوف عليهم، وقد تكون ما عدا الاستحقاق الأهلى الذى يقسم له . وتطبق أحكام هذه المادة على الحصة الخيرية قسم الوقف أو لم يقسم، وفى حاله عدم القسمة يؤدى تطبيقها إلى تعدد النظار على الوقف الواحد الأمر الذى يبغضه الشارع ويتوقاه بالقدر المستطاع لما فيه من المفاسد، ولكنه غلب صالح الوقف الخيرى على ما عداه وسهل عليـه ذلك تيسر القسمة وإمكان التخلص من الشيوع ومفاسد التعدد، ومن هذا تعلم مقدار حرص الشارع على ألا يخرج النظر على الاستحقاق الخيرى عن الطبقات الثلاث المبينة بهذه المادة ما كان ذلك ممكناً . وحكم الحصة الواحدة يثبت للحصص المتعـددة الخيرية فى وقف واحد من باب أولى .

رابعاً — المرتبات الخيرية فى وقف أهلى مهما كان قدر هذه المرتبات ومهما كانت نسبتها إلى الغلة، ولكن على شريطة أن تكون هذه المرتبات من المرتبات التى يقسم لها، وذلك لأنها فى هذه الحال تكون ذات حصة فى الأعيان ولأن التخلص من ضرر الشيوع ومفاسده ميسور من طريق القسمة . أما إذا كانت من المرتبات التى لا يقسم لها فلا تطبق عليها أحكام هذه المادة لما فيها من ضرر

التعدد الذى لا يمكن التخلص منه ولأنها تعتبر كحق مقرر فى غلة الأعيان التى يختص بها من عداها ولم تجعل لها حصة تختص بها من الأعيان. والمقادير التى لا تعتبر من المرتبات والفاضل من الغلة إذا كان كل مما يقسم له يأخذ حكم المرتبات التى يقسم لها وتطبق عليه أحكام هذه المادة ، أما إذا كان مما لا يقسم له فانه يأخذ حكم المرتبات التى لا يقسم لها ولا تطبق عليه أحكام هذه المادة . فالوقف الأهلى إذا كان فيه استحقاق خيرى لا يقسم له ، أيا كان نوعه ، يعتبر كله فى جانب النظر وقفاً أهلياً ، ولا تطبق عليه ولا على شىء منه أحكام هذه المادة .

د — الطبقات الثلاث

٥٩٨ — جعل الشارع النظر على الوقف الخيرى بالمعنى السابق محصوراً فى طبقات ثلاث على وجه الترتيب ، فلا يثبت لطبقة لاحقة حق مع وجود ما يسبقها ، ولا يخرج النظر عليه عن هذه الطبقات ما وجدت واحدة منها ، وهذا الوضع كما أسلفنا يعين أن يكون النظر للطبقتين الثانية والثالثة عن طريق الإقامة لأن سلوك الطريق القضائى لا يحقق هذا القصد ولا يجعل لأحكام هذه المادة فائدة يعتد بها . وإثبات القانون هذا الحق لهذه الطبقات ابتداء لا يكون إلا حيث تتحقق الأهلية للنظر لأنها شرط أساسى لثبوت الولاية على الوقف من أى طريق، طريق الواقف أو طريق القاضى أو طريق القانون ، كما أنه لا يعنى أنه حق لازم لا يمكن أن يتحول عنها لسبب من الأسباب بل يجرى عليهم ما يجرى على نظار الأوقاف الآخرين من الخروج والإخراج متى توافر السبب الذى يقتضى ذلك فإن هذه الطبقات لا تعدو أن تكون منصوبة الواقف أو منصوبة القاضى ولم يراع فى نظرها أولاً وبالذات إلا مصلحة الوقف .

الطبقة الأولى

٥٩٩ — وصاحب الحق الأول والمرتبة الأولى فى النظر على الوقف الخيرى هو من شرط له النظر عليه . واشتراط النظر معناه واضح جلى ، ولا يفهم منه فقهاً ولا قانوناً ولا عرفاً سوى اشتراطه من الواقف ، وإذا كان متن المادة قد قال « لمن شرط له » واقتصر ولم يذكر أن الشرط من الواقف فان هذا لم يكن

منه إلا إغفالا لما هو مفهوم بداهة ، ومع هذا فان كلام المذكرة التفسيرية دافع لكل لبس إن صح أن يقال فى هذا المقام أن هناك لبساً أو شبه لبس ، فمن يقول إن وزارة الأوقاف مقدمة على الصالح من الذرية والأقارب لأن النظر مشروط لها فى قانونها فهى من الطبقة الأولى قد أخطأ المحجة لهذا المعنى ولسواه من المعانى، فالمشروط له النظر هو من يستمد ولايته على الوقف من واقفه بمقتضى شرطه ، فلا يتناول من نصبه القاضى بما له من الولاية العامة ولا من يقرر له القانون حق النظر أو الحق فى الإقامة .

٦٠٠ — واشتراط الواقف قد يكون فى عقدة الوقف وقد يكون بعدها إما من طريق التغيير فى شرط سابق أو من طريق الشرط المبتدأ . وقد يباشر الواقف هذا الاشتراط بنفسه ، وقد يوكل فيه غيره فى حياته ، وقد يوصى به لغيره بعد موته ، فكل ذلك يكون اشتراطاً من الواقف ، فلو شرط لغيره أن يشترط فى النظر على وقفه مايشاء . أو جعل لغيره حق إقامة النظار على وقفه . أو شرط النظر لواحد وشرط أن له أن يقيم من يكون ناظراً بعده وأن لكل ناظر أن يقيم من يلى النظر بعده ، كان من يستمد ولايته من هذا الطريق منصوب الواقف ويصدق عليه أنه ممن شرط لهم النظر على وقفه .

ولو شرط الواقف النظر على وقفه للقاضى الذى له الولاية على هذا الوقف بمقتضى ولايته العامة كان هذا القاضى ممن شرط لهم النظر على هذا الوقف إذ قد أصبح له عليه ولايتان إحداهما خاصة وهى المستمدة من الواقف والأخرى عامة ، والولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة . وكذلك إذا شرط له الحق فى إقامة النظار على وقفه وعزلهم كان ما يصنعه من باب الولاية الخاصة ويكون من يقيمه منصوب الواقف لا منصوب القاضى . أما ما جرى عليه بعض الواقفين من بيان ما يتعلق بالنظر على وقفه ما بقى الموقوف عليهم ، ثم يختم هذا الشرط بأنه إذا آل الوقف إلى المصرف الخيرى الذى سماه يكون النظر عليه لمن يقيمه عليه حاكم المسلمين الذى له ولاية نصب النظار فإنه ليس اشتراط ولاية خاصة لهذا الحاكم ووضع الشرط وسياقه واضح أتم الوضوح فى أن الواقف لا يريد اشتراطاً خاصاً وأنه لم يورده إلا لإعلان إعراضه عن اشتراط شىء فى هذه الحال وترك الأمر

فيه لصاحب الولاية العامة يمضى رأيه فيه بمقتضى ولايته العامة ، فمن يقيمه الحاكم فى هذه الحال لا يكون منصوب الواقف ولا ممن شرط لهم النظر وليس إلا منصوب الواقف . ولو أن الواقف سلك هذا الوضع ولكنه قال لمن يقيمه هذا الحاكم واشترط فيمن يقام شروطاً لا تخرج عما يجب أن يكون متحققاً فى الناظر على وجه العموم لم يتغير الحكم ، أما إذا اشترط فيه أن يكون من فئة معينة أو شرط فيه شروطاً خاصة كانت هى أو بعضها مما لا يشترط توافره فى الناظر على وجه العموم كان ذلك من باب الولاية الخاصة وكان من يقيمه فى النظر ممن توافر فيهم شرط الواقف منصوب الواقف وممن شرط لهم النظر ، وإذا أقام من هو أهل للنظر ولم يتوافر له ما اشترطه الواقف كان منصوبه لا منصوب الواقف ولا يقال إنه مشروط له النظر .

٦٠١ — ومن شرط له النظر عام يتناول الواحد والأكثر ، ويتناول المستحق وغير المستحق ومن يمثل جهة استحقاق ومن ليس له هذا الوصف ، ويتناول من يكون من الطبقتين الأخيرتين ومن لا يكون منهما . فإذا شرط الواقف النظر لأحد من ذريته أو أقاربه أو لوزارة الأوقاف وتحقق فيه شرط الواقف وكان النظر الفعلى ثابتاً له بمقتضى هذا الشرط كان من الطبقة الأولى بمقتضى هذا الوصف وإن كان من طبقة تالية بمقتضى وصف آخر .

ومن شرط له النظر لا يتناول الواقف عند التحقيق وإن كان قد شرط النظر لنفسه لأنه لا يستمد ولايته من هذا الشرط فإن ولايته على وقفه ولاية طبيعية تثبت له بحكم الملك الأول قبل أن يطرأ عليه النقص وبمقتضى الملك الناقص وهى كولاء النعمة تثبت له شرطها أو لم يشرطها بل وإن نفاها عن نفسه ، فشرطه لم يفده شيئاً من الولاية وليس إلا من قبيل التأكيد وللرغبة فى الخروج من خلاف الفقهاء .

ولا يتناول أيضاً من شرط له النظر فى حياة الواقف ما بقى هذا الواقف أهلا للنظر ، فإنه فى هذه الحال محض وكيل وقد عرفت أن الشارع لا يريد أن يمس ولاية الواقف ، فالناظر الحقيقى هو الواقف . أما إذا كان الواقف قد طرأ عليه عدم الأهلية فالوجه الصحيح أن يبطل شرطه فى النظر وإذ ذاك تزول ولاية هذا المشروط له ويكون الوقف شاغراً وليس للواقف شرط فى النظر عليه .

٦٠٢ — ومن شرط له النظر على الوقف قد يكون مشروطاً له بالاسم ، وقد يكون مشروطاً له بوصف لا يشاركه فيه غيره ويكون معيناً له تعيين الاسم لمسماه ، كمن يكون والياً على مصر أو من يكون قاضياً لبلد معين أو من يكون ناظراً على التكية أو المسجد الموقوف عليه أو من يكون ناظراً على وقف آخر معين أو الأسن من الموقوف عليهم ، وقد يكون مشروطاً بوصف يمكن أن يشترك فيه أكثر من واحد ، وفى الحالة الأخيرة قد يتعين واحد بحكم الواقع ، وقد لا يظهر الأمر ويبقى المشروط له مجهولاً ، فكل واحد من هؤلاء ممن يتناولهم المشروط له النظر وتلك بديهة فقهية ليس لأحد أن ينازع فيها وأن يدعى أن المشروط له النظر فى هذه المادة لا يتناول إلا من شرط له النظر بالإسم أو بوصف معين .

أما ظهور تحقق الشرط أو عدمه فذلك موضوع آخر سينجلى أمره فى الترتيب إن شاء الله .

٦٠٣ — وإذا شرط النظر لمن يتصف بوصف معين من طائفة من الطوائف كالأرشد فالأرشد من الموقوف عليهم طبقة بعد طبقة أو من غير ترتيب لا يصدق على هذه الطائفة أنه قد شرط لها النظر فإن النظر لم يشرط لها وإنما شرط لمن يقوم به هذا الوصف منهم ، وقد يكون هذا واحداً منهم وقد يكون أكثر من واحد وقد يتحقق الوصف فيهم جميعاً وقد لا يتحقق فى واحد منهم . فقول هذه المادة « لمن شرط له النظر » لا يصدق على مثل هذه الطائفة لا بالنظر إلى مجموعها ولا بالنظر إلى جميعها ، ومن يذهب إلى مثل هذا الرأى ليس إلا ملغياً لدلالات الألفاظ ومتجاهلاً لمعانيها ومعرضاً عما أراده الشارع وأعرب عنه إعراباً تاماً فى المذكرة التفسيرية ، على أن صاحب هذا الرأى الفاسد يلزمه حتماً أن يثبت النظر على الوقف الخيرى لجميع هذه الطائفة ضرورة أنهم جميعاً يصدق عليهم هذا اللفظ ، أما إقامة بعض هذه الطائفة على أنه تنفيذ لحكم القانون فخطأ فاحش ومسلكه سقيم لا يساير هذا الرأى نفسه .

الطبقة الثانية

٦٠٤ — ثم تأتى مرتبة من يصلح للنظر على الوقف الخيرى من ذرية

الواقف وأقاربه بعد مرتبة من شرط له النظر . وحق هذه الطبقة مستمد من القانون بخلاف الطبقة الأولى التى تستمد حقها من شرط الواقف . وقد عرفنا من قبل أن القانون لم يثبت لهذه الطبقة النظر نفسه وإنما أوجب لها الإقامة فى النظر من المحكمة ، فما لم تحصل هذه الاقامة لم يثبت لها النظر بقوة القانون ولا يكون لها حق التصرف فى أموره ، فإن كان شاغراً كان لا ناظر له ، وإن كان فى نظر الغير بقى فى ولايته حتى يخرجه القاضى ويقيم من تجب إقامته .

٦٠٥ — وقد بينت فيما مضى بمواطن عديدة معنى الذرية ، كما نقلت اختلاف الفقهاء فى معنى القريب والقرابة ، وأن العمل يجرى على ما ذهب إليه هلال من أن معنى القرابة ليس من مفهومه الأقربية وأنه لا تشترط فيها المحرمية[1] ، وهذا هو الذى يجب الأخذ به هنا كما يجب الأخذ به فى القرابة الواردة بالمادة ١٩ لأن القانون لم يبين معناها فيرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبى حنيفة ، وهو ما ذهب إليه هلال ويجرى عليه العمل . والقرابة عند الحنفية لا تشمل الوالدين المباشرين وفى الجد خلاف ، غير أن المقام هنا يعين أن الشارع قد أراد منها هنا ما يشمل الأصول .

ولم يرتب الشارع هنا بين الذرية والأقارب كما صنع فى المادة ١٩ بل جمع بينهما فى حق الإقامة فى النظر وجعلهما فى مرتبة واحدة لوضوح الفرق بين المقامين ، فإن القصد هناك هو البر بالمحتاج والذرية فى هذا أحق بالتقدم ، ولم يفته أن يجمع بينها و بين من يدانيها فى هذا المعنى وهما الوالدان ، أما هنا فالهدف الأول هو رعاية الوقف والعناية به ، وقد يكون من القرابة من يجتمع فيه من ذلك ما لا يجتمع فى الصالح من الذرية ، هذا إلى مراعاة روابط الأسر وتقاليدها ، فقد يكون الوقف على دار الضيافة أو مدرسة القرية أو مسجدها و يكون ابن الناظر صالحاً للنظر وكذلك أخوه أو عمه ، ولكن هذا الأخير هو رأس الأسرة وعميدها وفى توليه النظر إبقاء على روابط الأسرة وتقاليدها ، وقد يكون الصالح من الذرية هو ابن بنت أو من هو أنزل من ذلك من ذوى الأرحام الذى يقيم فى بلد آخر وفى عصبة الواقف من يصلح أيضاً ، ففى إقامته على مثل هذا الوقف احتفاظ بكرامة الأسرة ،

(١) ص ٣٣٩

إلى غير ذلك من شتى الصور التى تحوى اعتبارات لها قيمتها ولا ينبغى إغفالها ما دامت مصلحة الوقف متحققة ، وكان الصالح من الذرية لا يفضل الصالح من الأقارب فيما يرجع إلى مصلحة الوقف نفسه .

٦٠٦ – ومن يصلح للنظر من هؤلاء يتناول بعمومه الواحد والأكثر ومن يختاره المستحقون ومن لا يختارونه . ولكن يوجد بجانب هذا النص أحكام القانون الأخرى التى تسايره ولا يتنافر تطبيقها مع تطبيقه فالواجب أن تراعى ، فإن نصوص القانون التى لا تتعارض تُكوِّن وحدة يجب الأخذ بها .

فإذا تعدد الصالحون للنظر لا تقيمهم المحكمة جميعاً ويجب عليها أن تراعى أحكام الفقرة الأولى التى نهت عن تعدد النظار نهياً عاماً شاملا يتناول الوقف الخيرى والوقف الأهلى على السواء ، اللهم إلا إذا قضت الضرورة بالتعدد .

فإذا تعدد الصالحون وطلب كل منهم الإقامة ولم تكن هناك ضرورة تبيح التعدد عمدت المحكمة حتما إلى الترجيح واختيار الأصلح . ووجوب إقامة الناظر من هذه الطبقة يقوم على الصلاحية والقرابة ، ولا مدخل للقرابة إلا من ناحية أن القريب يكون أكثر رعاية للوقف من سواه ، فالملحوظ فيهما هو الفضل فى الصلاحية ، فإذا تفاوت الطالبون فى الصلاحية أقيم الأصلح وحده وإن كان أبعد فى القرابة ، وإذا تساووا فى الصلاحية قدم الأقرب فالأقرب لأن القرب مظنة الفضل فى الصلاحية فعاد الأمر فى الحقيقة إلى التفاوت فيها . وإذا تساووا فيهما عمدت المحكمة إلى المرجحات الأخرى ككرامة الأسرة وتقاليدها . والتساوى فيهما مع عدم مرجح آخر أمر يكاد يكون خيالياً .

وإذا كان للوقف مستحقون ممن لهم استحقاق معين وجب تطبيق الفقرة الثانية من المادة ٤٩ بحيث يجب على المحكمة إقامة من يختاره من لهم أكثر الاستحقاق من أهل هذه الطبقة . أما إذا اختاروا ناظراً من غيرها فانه لا يعتد باختيارهم لأنه يجب أن يكون فى حدود أحكام هذا القانون فإذا تعداها كان مهدراً ، فإذا اختاروا من غيرهم وفيهم الصالح كان محادة لما ذهب إليه هذا القانون من أن مصلحة الوقف نفسه فى إقامة ناظر عليه من هذه الطبقة ولذلك أوجبها ، وإذا لم يكن فيهم صالح كان محادة لما أوجبه القانون من إقامة وزارة الأوقاف فى هذه الحال .

و إذا كان الوقف على جهات لها من يمثلها فليس لاختيار هؤلاء الممثلين ما لاختيار المستحقين من قوة الإلزام ، فممثل الجهة الموقوف عليها ليس مستحقاً قطعاً ، وقد عرفت أن الشارع لم يجعله كأحد المستحقين فى طلب القسمة ، وستعرف أنه لم يجعله مثله فى اختيار الناظر . ولكن كون اختيارهم ليس ملزماً كاختيار المستحقين لا يمنع من اعتباره مرجحاً عند اختيار المحكمة .

٦٠٧ — و إذا وقف اثنان أو أكثر أعياناً مشتركة على جهة بر ابتداء أو آل الاستحقاق إليها فإن هذا الوقف ، و إن اعتبر وقفاً واحداً بالنظر للاستحقاق لا يعتبر واحداً بالنسبة للنظر ، فإذا لم توجد الطبقة الأولى ، وكان لأحد الواقفين من الذرية والأقارب من يصلح للنظر ، ولم يكن للآخرين أحد من هؤلاء ، وجبت إقامة هذا الصالح على ما هو موقوف من ذى قرابته خاصة ، ووجبت إقامة وزارة الأوقاف فى النظر على غيره ، ولا يقام عليه قريب أحد الواقفين لأنه ليس قريباً لبقية الواقفين بل هو أجنبى عنهم فهو كغيره من الأجانب ولا يعتبر من الطبقة الثانية بالنسبة لأوقافهم فتجب إقامة الوزارة لانعدام الطبقتين الأوليين . و إذا كان ما وقف من كل منهم مفرزاً فالأمر فى ذلك أوضح . والحالة الأولى ليس فيها تعدد النظار الذى نهى عنه الشارع فى المادة ٤٨ لأنه إنما نهى عن تعدد النظار على وقف واحد ، أما هنا فالأوقاف متعددة بتعدد الواقفين و إن اتحدت العقدة والمصرف ، وهى كالأوقاف المتعددة مختلفة المصارف لا يشملها النهى عن التعدد و إن لم تكن القسمة ممكنة .

٦٠٨ — وهذه الطبقة لم تكن موجودة فى مشروعى هذا القانون ، وقد أضافها مجلس النواب بناء على اقتراح تقدم به أحد حضرات النواب فى الجلسة ، وقد قام هذا الاقتراح على أساس أن الناظر من هذه الطبقة أشد عناية بالوقف ومراعاة لأغراض الواقف وتنفيذ شروطه من غيره وأن هذه الطبقة يجب أن تتقدم وزارة الأوقاف التى كثرت المآخذ على إدارتها للأوقاف التى تتولاها ، هذا إلى أن فى توليها النظر احتفاظاً بكرامة أهل بيت الواقف الذين قد يكونون ممن له حق فى غلة هذا الوقف [١] . فالهدف الأول من إدخال هذه الطبقة هو مصلحة الوقف لا تقرير حق لها .

---

(١) جلسة ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٦ .

و بعد أن قبل المجلس هذا الاقتراح لهذه المعانى صيغت المادة بالجلسة صياغة مرتجلة كان من نتائجها أن فات حذف عبارة «هذا مالم يكن مصرف الوقف جهة خاصة بالواقف أو بأسرته » من المادة، وهذا استثناء كانت له قيمته قبل إدخال هذه الطبقة أما بعد إدخالها فلم يبق له معنى ولهذا تداركت الأمر لجنة العدل بمجلس الشيوخ فحذفت هذه العبارة . و بإدخال هذه الطبقة وحذف هذا الاستثناء لم يبق هناك محل أيضاً لما ورد بالمذكرة التفسيرية خاصاً بهذا الاستثناء [1] .

الطبقة الثالثة

٦٠٩ — لم يمس الشارع ولاية الواقف على وقفه الخيرى ، كما أنه لم يتجه إلى المساس بشرطه فى النظر على هذا الوقف ولا بإرادته فى ذلك متى كانت إرادة ظاهرة واضحة ، وذلك لأنه صاحب الوقف وأحرص الناس على بقائه وصرف ريعه فى المصارف التى عينها ،فإذا اختار للولاية عليه متولياً لم يكن ذلك إلا منبعثاً عن الرغبة الصادقة فى المحافظة على الوقف ورعاية جهة الاستحقاق وصادراً عن اعتقاد تام بأن من اختاره هو خير من يرجى لتحقيق ذلك ، فلم يشأ الشارع أن يمس هذا الاختيار إيماناً منه بأن رب الدار أدرى بما فيها ، فجعل لمختار الواقف المرتبة الأولى رعاية لمصلحة الوقف وحده . وقد عرفنا أن الطبقة الثانية لم تضف إلا لهذا الغرض نفسه . فإذا لم تكن هذه ولا تلك كان النظر عليه لوزارة الأوقاف مسايرة لهذا القصد وسعياً وراء مصلحة الوقف وحدها . وقد نظر الشارع فى ذلك إلى أن الأوقاف الخيرية بمثابة الأموال العامة للدولة ، وأن الصالح العام يقضى بأن تكون وزارة الأوقاف أحق بالنظر عليها من غيرها إذا لم تكن الولاية عليها للواقف ولم توجد الطبقتان اللتان تسبقانها لأنها وزارة الغرض الأول من وجودها المعاونة على البر والاشراف على جهات الخير وحمايتها، وهى وزارة قد توافر لديها من وسائل الادارة والاستغلال ماقل أن يتوافر لغيرها من الأفراد ، وهى كوزارة ليس

---

(١) ما ورد عنه هو قول المذكرة «كما لا يكون لها (وزارة الأوقاف) النظر على الأوقاف الخاصة كالوقف على الفقراء من ذرية الواقف أو قرابته وعلى المضيفة . . . . . . وفى رقابة بعضهم (قرابة الواقف) على بعض ما يكفل تنفيذ شروط الواقف أو إبلاغ أية مخالفة إلى جهة القضاء» . ومما يجب التنبه له أن البرلمان لايغير فى المذكرات التى تقدم بها المشروعات إذا غير فى متون القوانين نظراً لأن تقارير لجانه تعتبر متممة لهذه المذكرات . فلا محل للالتجاء إلى مثل هذه الفقرة من المذكرة بعد أن زالت واتمحت .

لها أى مطمع فى المال الذى يكون لجهات الخير والبر ، بينما تدل الحوادث على أن كثيراً من الأفراد الذين عهد إليهم بإدارة الأوقاف الخيرية لم يقوموا بواجبهم على الوجه الأتم ومنهم من لم يخش الله فى حقوق الضعفاء وامتدت أيديهم إلى تلك الأموال واتخذوها وسيلة للثراء ، ثم هى وراء ذلك كله محاسبة على تصرفاتها أمام ممثلى الأمة وفى رقابة البرلمان عليها أوْفَى الضمانات . هذه هى وزارة الأوقاف وهذا هو الشأن فى مقدرتها والاطمئنان إلى إدارتها أتم الاطمئنان، و إذا كانت ولايتها على الأوقاف الخيرية قد أخذت مظهر الحق فإنها فى الواقع تكليف و إلزام ولو أنها خذت الوضع الواقعى لكان خيراً وأولى ، وعندى أنها إذا أبت الولاية على أى وقف خيرى ، مهما كان فى إدارته من المشاق والمتاعب ، تكون قد تجاهلت طبيعتها ووظيفتها وأعرضت عن القيام بواجب اجتماعى دينى هى أحق الناس بالحرص على القيام به . وقد أثبت لها هذا الحق بدون قيد ولا شرط ، ولكن إذا تعارضت مصلحتها مع مصلحة الوقف لم تكن أهلاً للولاية عليه بداهة ولا يثبت لها هذا الحق .

٦١٠ — وقد قرر القانون هذا الحق لوزارة الأوقاف واجتنب التعبير بوزير الأوقاف ليدل أوضح دلالة على أنه يقرر الحق للوزارة كشخص قانونى لا يتأثر بتبدل الوزراء ، فمتى أقيمت فى النظر على وقف خيرى استمرت ولايتها عليه مابقى فى نظرها مهما تغير الوزراء بعد الإقامة ولا تكون فى حاجة إلى إقامة جديدة من أحد إذا ذهب وزير وجاء آخر، كما أنه لاينشأ عن ذلك وقف السير فى القضايا والمواد ولا تجديد إعلانات ولا اتخاذ إجراءات جديدة من الإجراءات التى تتخذ عند زوال الصفة لأن الحق ثابت للوزارة وصفتها لا تزول بتبدل وزيرها . إن الأفضل والأقعد بعد صدور هذا القانون أن يكون الذى يقام فى النظر هو الوزارة لاللوزير، مسمى باسمه أو غير مسمى ، على أنه إذا أقيم الوزير بأى عبارة لم يكن فى ذلك حرج ولا يغير شيئاً مما ذكرت فإن صاحب الحق والإقامة الحقيقية إنما هى الوزارة ، أى الشخص القانونى ، ولم يذكر الوزير فى القرار إلا لأنه الشخص الطبيعى الذى يمثل صاحب الحق وينوب عنه ، على أنى أرى قطعاً لكل لبس أن المحكمة التى تجرها العادة وحدها إلى إقامة الوزير يجب أن تقيمه بوصفه دون أن يذكر اسمه وأن يتضمن قرارها إقامة الوزير وكل من يلى وظيفته .

٦١١ — وهذا الحق قد جعل لوزارة الأوقاف لا لغيرها ، فلو أن النظام تغير وألغيت هذه الوزارة ووزع اختصاصها على بعض الجهات أو أعطى لجهة واحدة لاتجب إقامة من حل محلها ولا تعتبر الطبقة الثالثة من هذه الطبقات موجودة ، وإذ ذاك لا يكون لهذه المادة حكم فى النظر على الأوقاف الخيرية وتطبق المحكمة الأحكام الأخرى ، غير أنه مما لا ريب فيه أن المحكمة سوف لا تتجاهل المعنى الذى قام عليه حكم هذه المادة وأنها ستفضل الجهة التى تقوم بما كانت تقوم به هذه الوزارة ويتوافر لها من الوسائل ما كان متوافراً لهذه .

٦١٢ — وحق الطبقتين الأولى والثانية لا استثناء فى أحكامه أصلاً ، فهى واجبة التطبيق مهما كان نوع الوقف الخيرى ، ومهما كان واقفه ، مسلماً كان أو غير مسلم . أما حق وزارة الأوقاف فقد دخل على حكمه أول الأمر استثناءان : أحدهما ما إذا كان مصرف الوقف جهة خاصة بالواقف أو بأسرته ، وقد كان لهذا الاستثناء قيمته حينما كان الحق لطبقتين فقط ولم يكن لذرية الواقف وأقاربه حق ، أما بعد إدخال هذه الطبقة وجعلها متقدمة على وزارة الأوقاف فلم يبق مبرر لبقائه ، وقد حذف كما سبق بيان ذلك . وثانيهما ما إذا كان الواقف غير مسلم وكان مصرف الوقف جهة غير إسلامية ، وقد بقى هذا الاستثناء قائماً .

وهذا الاستثناء ليس إلا استثناء من حكم إقامة وزارة الأوقاف وجوباً على الوقف الخيرى . فاسم الإشارة فى قول هذه المادة « هذا ما لم يكن . . . » كان قبل التعديل راجعاً إلى إقامة الوزارة وحدها ، وقد كانت هذه هى الطبقة الأخيرة إذ ذاك ولم يكن راجعاً إلى الطبقة الأولى وهى طبقة « من شرط له النظر » وكانت صياغة المادة وما جاء بالمذكرة التفسيرية واضحين فى ذلك تمام الوضوح . وبعد التعديل بقى مرجع اسم الإشارة كما كان قبله ، فهو راجع إلى أقرب مذكور ، وهو وزارة الأوقاف دون الطبقتين الأولين ، والسر فى ذلك بَيِّن تماماً ، فإن المصلحة التى أوجبت إقامة من يصلح من الذرية والقرابة لا مدخل فيها لدين الواقف ولا لنوع وقفه فالمعنى الذى من أجله أضيفت هذه الطبقة يعم جميع الأحوال ، وهذا الاستثناء لم يكن إلا لدفع الحرج عن الطوائف غير الإسلامية بتدخل وزارة إسلامية فى الولاية على أوقافهم التى جعلت لمصارف طائفية ،

ولتجنيب وزارة الأوقاف ، وهى وزارة إسلامية محضة ، رعاية أمور قد يكون فى رعاية أكثرها إحراج دينى ، والرغبة التامة فى أن تبقى عناصر وزارة الأوقاف ، كما هى حتى الآن ، عناصر إسلامية ، وقد لا يتيسر أو لا يكون عدلاً أن تبقى كذلك إذا ضمت إليها إدارة مثل هذه الأوقاف . فالأسباب التى دعت إلى هذا الاستثناء كلها راجعة إلى وزارة الأوقاف ولا يرجع شىء منها إلى الطبقتين الأوليين وبهذا يتضح أن الاستثناء قاصر على الوزارة وحدها وإن كانت الصياغة بعد التعديل قد توقع صاحب النظرة العاجلة فى شىء من اللبس . فوقف غير المسلم إذا كان مصرفه جهة غير إسلامية يطبق عليه صدر المادة ولا يطبق عليه الحكم الخاص بوزارة الأوقاف .

٦١٣ — وهذا الاستثناء قاصر على ما إذا كان مصرف وقف غير مسلم جهة غير إسلامية . وغير المسلم يشمل الكتابى وغيره والمصرى وغير المصرى ما دام كل من وقفه والمصرف الخيرى الذى سماه محترماً فى نظر هذا القانون . والمراد بالجهة غير الإسلامية الجهة التى تكون لها صبغة طائفية وإن كانت مما اتفقت فيه الشريعة الإسلامية وشريعة الواقف على أنه قربة أو فيه نفع عام ، وليس المراد من كون المصرف جهة غير إسلامية أنه جهة لا تقرها الشريعة الإسلامية بل المراد ما هو أعم من ذلك . وقد أوضحت المذكرة التفسيرية هذا المراد إيضاحاً تاماً حيث تقول « كما أنه لا محل لجعل النظر على أوقاف غير المسلمين الخيرية لوزارة الأوقاف إذا كانت تلك الأوقاف على جهاتهم الدينية ، أو على جهات خاصة بغير المسلمين . أما إذا وقف غير المسلم على جهة خيرية عامة لم يلاحظ فيها المعنى الطائفى كالوقف على المستشفيات والملاجىء العامة ، أو على المدارس العامة فمن المصلحة أن يكون النظر عليه لوزارة الأوقاف » . فإذا جعل غير المسلم غلة وقفه أو بعضها لإنشاء المعابد أو عمارتها ، أو لإقامة الشعائر فيها ، أو لعبادها والمترددين عليها من الفقراء ، أو للتعليم فى مدارس دينية غير إسلامية ، أو للتعليم فى مدارس أنشئت خاصة لطائفة غير مسلمة بعينها وإن كان التعليم فيها تعليما غير دينى وكان يتعلم بها أبناء المسلمين ، أو لعلاج المرضى من طائفة غير مسلمة ، أو لإنشاء مستشفيات تكون خاصة لطائفة غير مسلمة أو للإنفاق عليها وإن كان

يقبل للعلاج فيها مسلمون ، أو للفقراء من طائفة غير مسلمة ، أو لشيء آخر من هذا القبيل ، كان المصرف جهة غير إسلامية ، و إن كان قربة إسلامية ، لأنه اصطبغ بالصبغة الطائفية وروعي فيه أولاً و بالذات طائفة غير مسلمة . أما إذا جعل ذلك لإنشاء المساجد أو عمارتها ، أو للفقراء مطلقاً أو لفقراء المسلمين ، أو لطلبة المعاهد الدينية الإسلامية ، أو للتعليم أو للطلبة فى دور التعليم العامة التى ليست لها صبغة طائفية ، أو لإنشاء المدارس أو المستشفيات أو الملاجيء العامة ، فإن المصرف لا يكون جهة غير إسلامية . فالمصرف إذا كان خاصاً بالمسلمين أو كان مصرفاً عاماً ، أى لم يصطبغ بالصبغة الطائفية غير الإسلامية كان جهة إسلامية و إن كان لطائفة خاصة ، و إن اصطبغ بهذه الصبغة كان جهة غير إسلامية .

٦١٤ — وقد نص فى هذه المادة على أن النظر فى الحالة المستثناة يكون لمن تعينه المحكمة ، أىْ أن هذه المادة لاحكم لها فيه ويكون شأنه شأن غيره من الأوقاف الأخرى فيما تسلكه المحكمة من طريق الإقامة ، ويجب عليها أن تراعى ماتجب مراعاته من أحكام هذا القانون والأحكام الأخرى ، كأحكام المواد ٤٦ ، ٤٨ ، ٤٩ ، وهذا الحكم لم يأت بجديد وهو فى الحقيقة ليس إلا تزيداً محضاً لا يدفع لبساً ولا فائدة له إلا إيضاحاً لا حاجة إليه بل ربما أوقع فى لبس .

و إقامة من تقيمه المحكمة فى هذه الحالة تختلف عن إقامتها لمن تقيمه من الطبقات الثلاث ، فالإقامة هنا لا تكون إلا حيث يكون الوقف شاغراً ، أما الإقامة الأخرى فإنها واجبة و إن كان على الوقف ناظر من غير هذه الطبقات ، ويكون ذلك بإخراج هذا الناظر و إقامة من تجب إقامته .

هـ — ترتيب هذه الطبقات

٦١٥ — جعل الشارع الحق فى النظر على الوقف الخيرى أو الإقامة فيه لهذه الطبقات الثلاث وحدها وجعلها مرتبة فى ذلك ، وقد عرفنا أن الغرض الأساسى الذى روعى فى هذا الحصر هو مصلحة الوقف وجهة الاستحقاق ، وهو أيضاً الغرض الأساسى الذى دعى إلى هذا الترتيب ، فقد راعى الشارع أن تَوَلِّىَ الطبقة السابقة أدنى إلى المصلحة وأقرب إلى تحقيق أغراض الواقف من تولى الطبقة التى تليها .

ومن مقتضى هـذه المعانى أن المحكمة لا تشتغل بالإقامة إذا كانت الطبقـة الأولى موجودة ، وإذا لم تكن موجودة واشـــتغلت بالإقامة وجب عليها أن تبحث عن الطبقتين الثانية والثالثة ، فإذا تبين لها وجودهما أو وجود إحداهما لا يجوز لها أن تقيم ناظراً على الوقف من غيرهما وإن فعلت كانت مخالفة لأحكام هذه المادة مخالفة صارخة ، وليس لها أن تزعم أن مصلحة الوقف فيما صنعت وأن غرض القانون هو رعاية مصلحة الوقف ، لأن القانون قد راعى ما راعى ووضع أحكاماً صريحة باتة ولم يشأ أن يترك الأمر فى ذلك لاجتهاد المحكمة ، ولم يجعل لغير هذه الطبقات حقاً مع وجودها ، فإذا أقامت من غيرها بحجة المصلحة كان ذلك اجتهاداً فى موضع النص وتعطيلاً لأحكامه الصريحة الواضحة .

٦١٦ — ومن مقتضى المعانى السابقة أيضاً أن هـذا الحق لا يثبت لطبقة لاحقة مع وجود طبقة سابقة ، فإذا كانت السابقة موجودة وكانت تقبل القيام بهذا الحق اعتبرت اللاحقة فى هـذه الحال كالأجنبى عن الطبقات الثلاث سواء بسواء . فليس للمحكمة أن تتخطى السابقة إلى اللاحقة ، وليس لها أن تجمع بينهما فإن فعلت شيئاً من ذلك بحجة المصلحة فقد خالفت أحكام القانون وعطلتها بدون حق وأعطت الحق لغير صاحبـه فى الحالة الأولى وأشركت الأجنبى مع صاحب الحق فى الحالة الثانية وأهدرت الترتيب فى كلتا الحالين بحجة لا معنى لها إلا تعطيل أحكام هذه المادة وأنه كان من الواجب ألا توضع هـذه الأحكام ، فالشارع ما كان يجهل أن المحاكم كانت تراعى المصلحة حتما ، ولا أحد يجهل أن الشـارع لم يرد من وضع هذه الأحكام إلا سن طريق خاصة ولم يشأ أن يترك المدى واسعاً للمحاكم كما كان الحال من قبل . ومتى كان الحق مرتباً بين هذه الطبقات ولم يكن للاحقة حق مع سابقة كان الجمع بينها أو بين بعضها بحجة أنهم لا يخرجون فى جملتهم عن الطبقات الثلاث عملاً غير سائغ بل عملاً غير مفهوم .

٦١٧ — ومن مقتضى هذه المعانى أيضاً مع مراعاة أن الترتيب ترتيب فى الصلاحية أنه إذا ثبت هذا الحق لطبقة لانعدام الطبقة التى تسبقها ثم وجدت هذه بعد ذلك ثبت الحق لها وانتقل عن هذه الطبقة ، فالترتيب إنما كان لصالح الوقف وجهات الاستحقاق ، فيجب أن يدور هذا الحق معه وجوداً وعدماً ، فإذا أقيم من

يصلح من الذرية والأقارب لعدم وجود من شرط له النظر بالمعنى الذى أراده القانون ثم وجد بعد ذلك انتهت ولاية هذا الناظر وثبت هذا الحق لمن شرط له ، وإذا أقيمت وزارة الأوقاف ثم وجد من شرط له النظر أو من يصلح من الذرية والأقارب ثبت للأول الحق فى النظر وثبت للثانى الحق فى الإقامة بعد إخراج الوزارة من النظر .

٦١٨ — انعدام الطبقة الأولى : وطبقة « من شرط له النظر » لا تعتبر موجودة فى نظر هـذا القانون إلا إذا كان للواقف شرط فى النظر وثبت تحققه فيمن يكون له حق النظر الفعلى على الوقف بحكم أو بغيره ، أما إذا تخلف شيء من ذلك فإنها لا تكون موجودة ويثبت الحق للطبقة التـالية إلى أن توجد الطبقة التى تسبقها إن كان ذلك ممكناً . فلا تكون هذه الطبقة موجودة إذا لم يكن للواقف شرط فى النظر ، بأن لم يكن له فيه شرط أصلا ، أو كان له فيـه شرط ولم يوجد المشروط له أصلا كما لو شرط النظر على وقفه الخيرى للأرشد فالأرشد من أولاده وذريته ولم يزد ومات عقيما ، أو كان له فيه شرط ووجـد المشروط له وانقرض كالشرط السابق إذا كانت له ذرية وانقرضت وكما لو شرط لفلان ثم لفلان ولم يزد وانقرض من سماهم فبعد انقراض من شرط لهم النظر لا يكون للواقف شرط فيه وهذه الحالة هى التى تعورفت تسميتها بمنقطع الآخر ، أو كان له فيه شرط وصار منقطع الأول أو الوسط كما لو شرط النظر على الترتيب لنفر سماهم ثم تبين أن الأول منهم غير أهل للنظر فإن شرطه يكون منقطع الأول فلم يثبت النظر لأول من سماهم لعدم أهليته ولا يثبت لمن بعده ما دام حياً طبقاً لما يجرى عليه العمل فما بقى الأول حياً على هذه الحالة لا يكون للواقف شرط فى النظر ، ولو أن أولهم كان أهلا للنظر وثبت له بمقتضى الشرط ثم خرج أو أخرج من النظر لسبب من الأسباب التى تقتضى ذلك وكان الآخرون موجودين كان الشرط منقطع الوسط ولا يثبت النظر لمن بعده ما دام حياً ولا يكون للواقف شرط ما بقيت هذه الحال ، فإن كان قد أخرج من النظر لسبب يزول وزال فعلا وعاد إليه الحق بمقتضى الشرط فقد وجدت هذه الطبقة ، وإن خرج هذا أو أخرج ولم يكن أحد ممن سماهم الواقف موجوداً فقد انقضى شرطه ما دامت هذه الحال ولا تكون هذه الطبقة موجودة أيضاً فى نظر القـانون إذا كان للواقف شرط فى النظر ، ولـكن

لم يظهر تحققه فى أحد فلم يمكن العمل به وأصبحت الحالة من الحالات التى تشتغل فيها المحاكم بإقامة ناظر مؤقت حتى يتحقق العمل بشرط الواقف ، كما لو شرط النظر للأرشد فالأرشد من أولاده وذريته مثلا مع الترتيب بين الطبقات أو مع الجمع بينها فى ذلك وكان له أولاد وذرية غير أنه لم يظهر تحقق هذا الشرط فى أحدهم ، وفى هذه الحالة قد يكون المشروط له موجوداً ولكنه غير معروف ، واحداً كان أو أكثر ، وقد لا يكون موجوداً أصلا بألا يتحقق الشرط فى واحد منهم ولكن ذلك غير معروف أيضاً ، والنظر مشروط بوصف الأرشدية وليس مشروطاً لهم بوصف كونهم أولاداً أو ذرية فحسب ، فالحق ليس لجميعهم ولا لمجموعهم وإنما هو لمن تحقق فيه الوصف منهم ، ولم يظهر تحققه فى بعضهم ولا فى كلهم كما لم يظهر عدم تحققه فلا يمكن أن يبنى على هذا الشرط حكم فلا تعتبر هذه الطبقة موجودة ولا تشتغل محكمة التصرفات بالبحث عن تحققه لأن هذا يخرج عن ولايتها كما سيجىء .

فهذه الطبقة لا تعتبر موجودة فى نظر القانون ويكون الحق لمن بعدها إذا لم يكن للواقف شرط أو كان له شرط ولم يمكن العمل به لعدم ظهور تحققه ، وقد أعربت المذكرة التفسيرية عن هذا المعنى إعراباً تاماً بقولها « وتكون الوزارة أحق بالنظر على الأوقاف الخيرية المذكورة إذا لم يكن النظر عليها للواقف أو لمن شرط له النظر عليها وكانت خالية من النظار أو كان لها نظار أقامهم القاضى إما لأن الواقف لا شرط له فى النظر أو كان له شرط فى النظر عليها ولكنه أصبح منقطعاً أو لم يظهر انقطاعه ولكن لم يتحقق العمل به » . هذا هو ما أراده القانون من وجود هذه الطبقة وعدم وجودها ، وحقاً إن ذلك قد كان حينما كان الحق لطبقتين لا غير ، من شرط له النظر ، ثم وزارة الأوقاف ، ولكن إدخال الطبقة الثانية لا يغير من هذا المعنى وليس من شأنه أن يدخل عليه تغييراً ، فإن هذه الصور مما تشتغل فيه محاكم التصرفات بالإقامة حتما ويبقى النظر لمن تقيمه إلى أن يظهر تحقق شرط الواقف فيمكن العمل به ، فيجب عليها فى هذه الصور أن تكون الإقامة من الطبقة الثانية إن وجدت وإلا أقامت الوزارة .

٦١٩ — انعدام الطبقة الثانية : وإذا لم توجد الطبقة الأولى ووجد من يصلح من ذرية الواقف وأقاربه فقد وجدت الطبقة الثانية وتعين أن تكون

الإقامة على الوقف من أهلها ولا تجوز إقامة وزارة الأوقاف ولا غيرها . أما إذا لم يكن للواقف ذرية ولا أقارب أصلا ، أو كان له هؤلاء ولكن لا يوجد من بينهم من يصلح للنظر على الوقف ، أو كان من بينهم من يصلح له ولكنه أبى الإقامة ، أو لم يظهر إن كان له ذرية أو قرابة ولم تتبين الحال ، ففى هذه الصور جميعها تكون الطبقة غير موجودة ، أما إذا وجد من يدعى القرابة وحصل نزاع فيها أو لم يكن فى القرابة نزاع فى الصلاحية فسيأتى الكلام فيه .

وإذا وجد من الأقارب من لا يصلح وحده للنظر لعيب فيه كعدم القدرة التامة أو الريبة فى أمانته فإنه لا يعتبر صالحاً للنظر وإذا لم يكن هناك غيره اعتبرت الطبقة غير موجودة ويكون الحق لوزارة الأوقاف ، ولكن إذا كان صالحاً وأقيم وحده ثم طرأ عليه ما أوجب ضم ثقة إليه ، أو كان الموجود واحداً من هذه وليس فيه عيب فى ذاته غير أن إدارة الوقف تحتاج إلى أكثر من واحد ، كان الموضوع محل نظر . فلو أن قائلاً قال إن هذا الموجود لا يصلح للنظر أو أصبح غير صالح له ولا يوجد من هذه الطبقة سواه فلا يوجد فيها من يصلح للنظر ويكون الحق لوزارة الأوقاف لكان له حجة لها قيمتها من ناحية دلالة العبارات ، ولو أن قائلا قال إن مثل هذا الذى احتاج إلى ثقة يشده قبل الإقامة أو بعدها صالح للنظر فى الجملة وهو كالمشروط له النظر من الواقف لا ينتقل عنه الحق لشىء كهذا ولا ضرر على الوقف ، ونحن نعلم أن الضم يكون لأدنى ريبة وتكفى فيه الشكاية كما قالوا ، فلو أننا تشددنا فى معنى النظر لأبطلنا حق هذه الطبقة للشبه المجردة ولفرقنا بين الطبقة الأولى والطبقة الثانية فى هذا المعنى بدون فارق ، ولوجب إخراج الناظر من هذه الطبقة إذا طرأ عليه شىء من ذلك ، مع أن منصوب القاضى فى غير هذه الأوقاف لا يعامل هذه المعاملة . وعندى أن الرأى الأخير هو الأدنى للعمل وللقواعد العامة وهو أحق الرأيين بالاتباع . وإذا طرأ على من أقيم فى النظر من أهل هذه الطبقة ما أوجب ضم ثقة إليه وكان فى الطبقة من يصلح لذلك لم تكن هذه الطبقة منعدمة ولا يثبت الحق لوزارة الأوقاف ، وعدم إخراج الناظر الأصلى بما يوجب الضم يكون هو أظهر ، لأن « من يصلح » تشمل الواحد والأكثر اجتماعاً وانفراداً مهما كان سبب الاشتراك .

٦١٩ — الترتيب فى الصلاحية : والصلاحية هى والأهلية ومعناهما واحد ، فالصالح للنظر هو الأهل له وهو الذى توافرت له الشروط التى يجب أن تكون فى الناظر ، هذا هو معناها الأصلى ولكن الشارع يريد هنا معنى أوسع فهو يريد منها استحقاق النظر الفعلى .

ولما رتب الشارع بين هذه الطبقات خشى أن تسلك المحاكم فى ترتيبها ما تسلكه فى ترتيب النظر بشرط الواقف وأن يستقر فى أذهان القضاة ما استقر هناك من أن البعدية فى النظر بعدية انقراض أو عدم وجود فلفت الأذهان إلى أن هذا الترتيب ترتيب فى استحقاق النظر الفعلى فإذا عزل الناظر بالشرط أو أخرج بطلبه ذلك و بقى حياً انتقل الحق إلى الطبقة التاليـــة وإن كان هناك آخر مشروط له النظر فإن من أخرج لم يبق له حق فى النظر والمشروط له الآخر لم يأت وقت استحقاقه فلا حق له فى النظر بَعْدُ ، فليس هناك من له الحق فى النظر الفعلى بالشرط ، هذا هو ما يريده الشارع وأورده مفصلا فى المذكرة التفسيرية ولما أريد النص على ذلك فى متن القانون ورؤى عدم الاكتفاء بالمذكرة التفسيرية فى هذا أورد بهذه العبارة التى ربما كان فيها شىء من التقصير عن أداء المعنى المراد فإنها لا تتناول حالة امتناع الصالح للنظر عنـه إلا بتكلف ، ولكن هـذا هو المراد وإرادته واضحة ، ولو أنه قيل فى المادة مع ملاحظة أن الترتيب ترتيب فى استحقاق النظر الفعلى لكان ذلك أوفى وأشمل .

والترتيب الذى جعلته المادة ترتيب صلاحية ، أى ترتيب استحقاق فعلى ، هو الترتيب بين هذه الطبقات الثلاث ، ولا شأن له بترتيب النظر الذى يرد فى شروط الواقفين فحكمه باق على حاله يطبق فيه ماهو متبع من قبل من أحوال انقطاع الأول أو الوسط أو الآخر وعدم التحقق والتبين . فإذا شرط الواقف النظر لزيد ثم لبكر ثم لخالد و بعد أن ولى زيد النظر عزل كان الشرط منقطعاً ولا يثبت النظر لبكر مادام زيد حياً ، ولا يقال إن الترتيب فى النظر ترتيب فى الصلاحية لأن هذه الجملة لا شأن لها إلا بالترتيب بين الطبقات الواردة فى هذه المادة ، ولا شأن لها فى الترتيب بين أهل الطبقة الأولى . بل هى قد بنت الترتيب بين الطبقات على أحكام الانقطاع وعدم التحقق والتبين فهى لم تغير شيئاً فى أحكام الترتيب بين من شرط لهم النظر .

وقد نصت المادة على أن الترتيب ترتيب فى الصلاحية لا فى الأصلحية فمتى وجد الصالح فى طبقة سابقة وجب الحق له ولا يعدوه إلى غيره من طبقة تالية وإن كان أصلح منه. فإذا وجد صالح من الذرية والأقارب وجبت إقامته ولا حق لوزارة الأوقاف وإن تبين أنها أصلح منه.

و — إسقاط هذا الحق

٦٢٠ — حق هذه الطبقات الثلاث فى النظر على الوقف الخيرى، على تنوعه، قد روعى فيه قبل كل شىء مصلحة الوقف لا مصلحة الطبقات، ولكنه مع هذا لا يعدو أن يكون حقاً اختيارياً غير لازم، فهو ليس جبرياً فى ثبوته ولا فى بقائه كحق الإرث وولاء الموالاة وولاية الأب على ابنه وولاية الواقف على وقفه، بل هو حق يقبل الرد من الأصل ويقبل الإسقاط بعد التقرر. وكل من الإباء والإسقاط قد يكون كلياً وقد يكون جزئياً، وحكم هذا يختلف باختلاف الطبقات.

٦٢١ — أما المشروط له النظر فإن حقه هو نفس النظر وهو مستمد من الواقف ولا يتوقف ثبوته على القبول ولكنه يرتد بالرد ويسقط بعد القبول بالإسقاط، وإن كان التحقيق أنه لا يخرج من الولاية إلا بإخراج القاضى، وله أيضاً إسقاط هذا الحق فى بعض الأوقات دون البعض الآخر. وقد قالوا إن الساقط لا يعود فإذا عزل الناظر المشروط له النظر نفسه وخرج بذلك أو بإخراج القاضى فلا حق له بعد ذلك فى المطالبة بالنظر بمقتضى هذا الشرط. وإذا أخرج من النظر لخيانة أو عجز كان هذا من قيام المانع لا من باب سقوط الحق فيعود له الحق متى زال المانع، وهل يعود بنفسه أو يحتاج إلى إعادة فى ذلك كلام، هذه هى إشارات موجزة لما يتعلق بهذا الموضوع وإلى أن ما قيل فى ذلك يعم النظر بالشرط على الوقف الأهلى والوقف الخيرى، أما تفصيل الأحكام فى كل هذا فليس محله هنا.

وقد قالوا إن منصوب الواقف كالوصى، وقالوا فى الوصى إنه إذا طلب من القاضى أن يضم إليه آخر لا يجيبه ولكن إن طلب ذلك لعجزه وحاجته إلى الاستعانة وتبين ذلك للقاضى أجابه، فهذا الحكم يجرى أيضاً فى منصوب الواقف ومن هذا يتبين أن لمنصوب الواقف أن يبطل حقه فى كل الولاية دائماً وفى بعض الأوقات دون البعض الآخر، ولكن ليس له أن يجزىء الولاية ويستبقى بعضها

ويسقط البعض بإدخال شريك معـه . ونصوا على وجوب العمل بشرط الواقف في الناظر وغيره ، فلو أراد من شرط له النظر مخالفـة شرط الواقف في الترتيب لم يملك ذلك ، فلو شرط النظر لزيد ثم لعلى فاتفقا على أن يتقـدم على في استيفاء النظر ثم يليه زيد كان ذلك اتفاقاً باطلا لما فيه من مخالفة شرط الواقف بإثبات النظر لكل منهما في وقت لم يجعله له فيه الواقف .

والترتيب هنا بين الطبقات حكم من الشارع وكان لمصلحة الوقف لا لمصلحة من جعل لهم النظر فلا يكون أقل من شرط الواقف فإذا رضى من شرط له النظر أن يشترك معه غيره من الطبقتين التاليتين في النظر كان عمله غير مقبول لأنه جزأ الولاية التي شرطت له وهو لا يملك ذلك وجعل لغيره حقاً في النظر معه بدون شرط من الواقف وبدون حكم القانون فكان في ذلك مخالفة لشرط الواقف وتغيير للمشروع فيكون باطلا وليس لقاض أن يقره .

٦٢٢ — والطبقتان الثانية والثالثة لم يقرر لهما القانون حقاً في نفس النظر فإذا أسقطت إحداهما حقها في النظر قبل الإقامة كان إسقاطاً لحق لم يوجد بعد فكان باطلا وإن أسقطت حقها في الإقامة لم يكن هذا إسقاطاً بل يكون امتناعاً عن استيفاء الحق الذى لم يحصل كإسقاط الحاضنة حقها في الحضانة والزوجة حقها في القسم وأشباه ذلك فإذا امتنع عن استيفائه وقتاً فله العودة إلى المطالبة به في وقت آخر . وإذا أقيم أحد من هاتين الطبقتين فقد ثبت له النظر بإقامة القاضى فهو منصوب به ويكون شأنه شأن منصوب القاضى من ناحية عزل نفسه وعزل القاضى له . وإذا عزل نفسه كان له الحق في العودة إلى المطالبة بحقه الذى قرره له القانون وهو الإقامة لأن الذى سقط هو حق النظر أما الحق في الإقامة بعد ذلك فإنه لم يسقط بالعزل ولو أنه أسقطه صراحة كان ذلك امتناعاً لا إسقاطاً .

ولو امتنع واحد من الطبقة الثانية عن استيفاء حقه ابتداء أو عزل نفسه أو عزل بعد الإقامة وكان في الطبقة من يصلح سواه لم ينتقل الحق لوزارة الأوقاف ، وإذا اتفق صالح من الأقارب والذرية مع وزارة الأوقاف على أن يقاما في النظر على الوقف وكان في الطبقة صالحون آخرون كان اتفاقاً باطلا ، لأن الحق في الإقامة حق في الحصول على الولاية فهو مثلها لا يقبل التبعيض في الامتناع ، ولأن فيه إثبات حق لوزارة

الأوقاف لم يثبته لها القانون بعد وهو لا يملكه ، هذا إلى مافيه من تغيير المشروع ، ولأن اتفاقه لا يبطل حق الباقين من الطبقة و إن لم يطلبوه فعلا ، فكان هذا الاتفاق باطلا من جميع الوجوه ، و إن لم يكن مع هذا الصالح أحد صالح من طبقته كان اتفاقه باطلا للمعنيين الأولين ، و إن اتفق معها لعدم كفايته وحده للنظر وكان هناك كاف سواه من طبقته كان اتفاقه أدخل فى البطلان ، و إن لم يكن معه فى طبقته أحد صالح جاء هنا ما قدمته من معنى الصلاحية والترتيب فيها .

ز — فصل محكمة التصرفات فى النزاع

٦٢٣— محاكم التصرفات ليست محاكم إظهار للحقوق وتقرير لما هو ثابت كما هو شأن المحاكم القضائية و إنما هى محاكم منح و إنشاء للحقوق بمقتضى مالها من الولاية العامة . وقد استقر العمل منذ وجد توزيع الاختصاص على أن الحق الذى يرى صاحبه أنه ثابت له و يحتاج إلى الدعوى يكون أمام المحاكم القضائية ولا يطالب به أمام محاكم التصرفات التى لا وظيفة لها إلا المنح والإفادة لا إظهار الحق الثابت من غيرها . وعلى هذا الأساس إذا أراد امرؤ المطالبة بالإقامة فى النظر لخلو الوقف من الناظر وعدم ظهور أن لأحد ولاية عليه بالشرط كانت هذه المطالبة أمام محكمة التصرفات ، و إذا كان النظر ثابتاً بمقتضى شرط الواقف وجب عليه أن يلتجىء إلى المحكمة القضائية ، محكمة الدعاوى والفصل فى الخصومات ، لا لمحكمة التصرفات محكمة المنح والافادة . وقد جرى الشارع هنا على احترام هذا الأساس الذى كان نتيجة طبيعية لطبيعة كل من القضاءين ، الفعلى والقولى ، فجعل حق الإقامة فى النظر للطبقة الثانية إذا لم يظهر تحقق الشرط فى أحد ومعنى هذا أن من يرى تحقق الشرط فيه عليه أن يلجأ إلى المحكمة القضائية لإظهار هذا الحق أما محكمة التصرفات فإنها لا تشتغل به فإنه لا يتفق مع طبيعتها ، و إنما تتجه إلى أداء وظيفتها ، وهى الإقامة من الطبقة التالية ، لا من الطائفة التى كان شرط النظر فيها ، وحسناً صنع الشارع ، والقول بأن للواقف فى هذه الطائفة غرضاً ، وأن الإقامة منهم أقرب إلى غرضه كلام يقال من قديم وجله تمويه ، فإن الواقف لا غرض له إلا فيمن يتصف بالوصف الذى أناط به النظر ولا غرض له أصلا فيمن عداه ، على أنه من النادر أن تكون تلك الطائفة ليست من أهل الطبقة الثانية ، وفى هذا النادر يكون الخير كل الخير للوقف

وجهات الاستحقاق فى الاتجاه إلى الذرية والأقارب ثم إلى وزارة الأوقاف .

٦٢٤ — ومحاكم التصرفات ، وإن لم تكن محاكم قضائية ، تفصل فى النزاع الذى يتوقف عملها الولائى على الفصل فيه ، وهذا أمر لم يكن محل خلاف فى وقت من الأوقات ، فإذا تعدد الطالبون وقدمت المطاعن وأنكرت الصفات فإن محكمة التصرفات تبحث فى كل هذا وتفصل فيه لتتمكن من القيام بعملها الولائى على الوجه الأتم ، ولقد طار من الأدمغة ذلك الوهم الذى خيم عليها زمناً ما ، وهو أن محكمة التصرفات ليست محكمة فصل فى نزاع ، وكان ذلك الوهم سبباً فى جعل طلبات عزل النظار من اختصاص المحاكم القضائية رغم مافيه من الطول والتعقيد، طار هذا الوهم وفهمت محاكم التصرفات الفهم الصحيح وأعيدت إليها مواد العزل ، وجاء قانون الوقف فجعل من حقها مباشرة كل عمل ولائى جاء به كالقسمة والإنهاء، بل وسع فى حقها وأعطاها تقرير حق القرابة فى وقف القربات وجعل عملها ملزماً كالحكم القضائى .

هذه هى طبيعة محاكم التصرفات ، لا تسمع دعاوى ولا تفصل فى خصومات، ولكنها تفصل فى المنازعات التى تسبق عملها الولائى وتسمع إثبات الوقائع التى يتوقف عليها هذا العمل ، فمن حقها أن تفصل فى النزاع الذى يدور بين أهل الطبقة الثانية فى القرابة وفى الصلاحية لأن كلا منهما أمر يتوقف عليه قيامها بعملها الولائى وهو إقامة الناظر ، ومن حقها أن يقدم لها إثبات للقرابة أو الصلاحية فتنظر فيه وكونها محاكم تصرفات لا يحول بينها وبين ذلك ، ولمن شرط له النظر على أنه الأسن من أولاد الواقف مثلا أن يقدم لها إشهاد تحقيق وفاة الواقف ووراثته الدال على انحصار ولده وشهادات المواليد الدالة على الأسنان ، وذلك لتمتنع عن الإشتغال بوظيفتها وهى الإقامة لأنه لا حاجة إليها لظهور صاحب الحق ، هذا إذا لم يكن فى ذلك نزاع أو كان فيه نزاع غير جدى ، أما إذا كان فيه نزاع جدى فليس من حقها أن تفصل فيه فى ذاته ، كما أنه أيضاً لا يتوقف قيامها بوظيفتها على الفصل فيه ، فلا تشتغل به وتترك الأمر فيه للمحكمة القضائية .

ح — السريان والأطوار

٦٢٥ — وأحكام هذه المادة تطبق على الأوقاف اللاحقة والأوقاف السابقة فى الحوادث اللاحقة والسابقة على حد سواء عملا بنص المادة ٥٦ . فلو أن

وقفاً خيرياً أقامت المحكمة عليه ناظراً من غير هذه الطبقات الثلاث قبل العمل بالقانون ووجد من يصلح للنظر من الذرية والأقارب وجب على المحكمة إخراج الناظر وإقامة هذا الصالح ولا تنتظر إنحلال النظر عنه، وإذا لم يكن فى الذرية والقرابة من يصلح لذلك أو لم يظهر أن له ذرية وقرابة وجب ذلك أيضاً. ولوأن وزارة الأوقاف كانت قد أقيمت فى النظر قبل العمل بالقانون وكان هناك من يصلح للنظر عليه من الذرية والأقارب وجب إخراجها من النظر وإقامة صاحب الحق فيه لأن إحدى هذه الطبقات قبل أن يكون لها هذا الحق تكون هى والأجنبى سواء. وأحكام هذه المادة لا تطبق على الأوقاف المبينة بالمادة ٦١.

أما الأطوار التى مرت بها هذه الأحكام والصراع العنيف الخفى والبين الذى لاقاها فى كل مرحلة فقد أشرت إلى الكثير منه خلال التعريف بقانون الوقف وسأقف عند هذا الحد ولا أزيد الآن.

وأما ماطرأ على المادة من تغيير فى الصياغة فقد ورد أثناء شرحها وشرح المادة التى قبلها.

ط — المقابلة بين هذه الأحكام وأحكام القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٤٦

٦٢٦ — القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٤٦ بشأن لائحة إجراءات وزارة الأوقاف قد عقد الباب الأول منه لبيان الأوقاف التى تديرها هذه الوزارة [١]. والمادة

---

(١) نص مواد الباب الأول من هذا القانون هو:

مادة ١ — يتولى وزير الأوقاف، بعد توكيله من الملك على الوجه المتبع، إدارة الأوقاف الآتية:

(أولا) الأوقاف الخيرية والأوقاف التى آلت للخيرات وليس النظر مشرطاً فيها لأحد، أو كان المشروط له النظر عليها مفقوداً.

(ثانياً) الأوقاف التى علمت جهة الاستحقاق فيها إذا لم يعلم وجود المستحق ولا من يستحق النظر عليها بشرط الواقف.

وتستمر إدارة الوزير للأوقاف المذكورة مادام السبب قائماً. وما يكون من هذه الأوقاف فى نظر غير الوزارة يبقى فى نظارته إلى أن ينحل عنه.

مادة ٢ — يتولى وزير الأوقاف إدارة الأوقاف المشروط فيها النظر لوزارته.

مادة ٣ — يتولى وزير الأوقاف، بعد إقامته من الملك ناظراً على الوجه المتبع، إدارة الأوقاف التى كانت فى إدارة سالفه بطريق الضم أو التعيين من المحكمة الشرعية بلا حاجة إلى قرار جديد بالضم أو التعيين.

مادة ٤ — يجوز لوزير الأوقاف أن يتولى إدارة الأوقاف الآتية:

الأولى منها تتعلق بإدارة الأوقاف الخيرية وبالمقابلة بين أحكام المادة المذكورة وأحكام المادة ٤٧ من قانون الوقف يتضح أن بين أحكامهما اختلافاً جوهرياً ، وإنى أجمل أهمه فيما يلى :

أولاً — جرى القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٤٦ على أن النظر على الأوقاف الخيرية المبينة بالمادة الأولى منه هو من حق الملك بما له من الولاية العامة على الأوقاف وأنه يوكل وزير الأوقاف فى إدارتها ، فهو لايقيمه فى النظر على هذه الأوقاف بما له من الولاية العامة كما هو الحال فى الأوقاف الواردة فى المادة ٣ من ذلك القانون ، بل يوكله فى الادارة فحسب ، فلا إقامة ولا نظر لوزير الأوقاف ، وإنما هو محض وكيل . لقد سلك القانون المذكور هذا الأسلوب ليخفى وراءه ما يخفى ولكن قانون الوقف قد فوّت عليه غرضه .

أما قانون الوقف فقد أوجب إقامة الوزارة نفسها فى النظر على الأوقاف الخيرية التى بينتها من قبل متى جاءت نوبتها ، فالثابت لوزارة الأوقاف هو الولاية الخاصة أى النظر على الوقف ، وتستمدها من إقامة المحكمة وينبنى على المسلك الأول أنه لا يمكن محاسبة الوزير على تصرفه أمام المحكمة لأنه لا ولاية له وليس إلا مجرد وكيل لا يحاسبه إلا من وكله وهو الذى يعزله إن أراد . أما على المسلك الثانى فللوزارة النظر وهى منصوب القاضى تخضع لكل مايخضع له .

ثانياً — جعل لوزير الأوقاف من طريق الوكالة المجردة الحق فى إدارة الأوقاف الخيرية المبينة المندرجة تحت : « أولا » من المادة الأولى إذا لم يكن النظر مشروطاً فيها لأحد أو كان المشروط له النظر مفقوداً . وهذا يتناول ما إذا لم يكن للواقف شرط فى النظر أصلا ، أو كان له شرط وبطل ، أو كان له شرط انتهى العمل به وهو مايسمى منقطع الآخر ، وما إذا كان المشروط له النظر مفقوداً ، ولكنه لايتناول ما إذا كان للواقف شرط ولكن لم يظهر تحققه فى أحد ، أو كان له شرط يعتبر

= ١ — الأوقاف التى ترى المحاكم الشرعية إحالتها على الوزارة بتعيين الوزير ناظراً عليها أو بضمه إلى الناظر .

٢ — الأوقاف التى تقام عليها الوزارة حارساً قضائياً .

٣ — الأوقاف التى يوكل الناظر الوزير فى إدارتها .

٤ — الأوقاف التى يشترط النظر فيها لوزير الأوقاف إذا كان واقفوها غير مسلمين .

منقطع الأول أو الوسط، وما إذا كان المشروط له غائباً وحياته متيقنة ولكنه لا يستطيع إدارة الوقف لا بنفسه ولا بوكيله كالأسير ونحوه. وقد جعل للوزير أيضاً هذا الحق بالنظر للأوقاف الواردة تحت «ثانياً» فى الحالة المبينة بها.

أما قانون الوقف فقد جعل للوزارة لا الوزير الحق فى الإقامة فى النظر من المحكمة على أوقاف البر فى أحوال أكثر من ذلك كما عرف مما سبق.

ثالثاً — جعل حق الادارة للوزير إذا كانت الأوقاف شاغرة أما إذا كانت فى نظر غير الوزاة فإنها تبقى فى نظره إلى أن ينحل عنها.

أما قانون الوقف فأوجب إقامة الوزارة فى النظر متى جاءت نوبتها وإن كان الوقف فى نظر الغير وإذ ذاك يجب إخراجه.

رابعاً — جعل الحق لوزير الأوقاف وإن كان هناك من يصلح من ذرية الواقف وأقاربه. أما قانون الوقف فقد جعل مرتبة الوزارة متأخرة عنه.

خامساً — الوقف الخيرى الوارد بقانون وزارة الأوقاف هو الوقف الخيرى المحض. فقد قال مقرر اللجنة فى مجلس الشيوخ، بجلسة ٣١ مارس سنة ١٩٤٣ بعد كلام فى معنى الوقف الخيرى: إن الوقف الوارد بالمادة الأولى لا يشمل الوقف إذا كان خيرياً وأهلياً. وقال أيضاً أنه يقرر أن المراد بالوقف الخيرى الوقف الخيرى المحض. أما الوقف الخيرى فى استعمال قانون الوقف فهو أشمل من هذا المعنى ويتناول الأنواع التى سبق بيانها.

٦٢٧ — هذه هى أهم نواحى الاختلاف بين قانون الوقف والقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٤٦ فى النظر على الأوقاف الخيرية، ولكن لا عبرة بما جاء بالقانون الثانى مخالفاً لما جاء بقانون الوقف، والمعول عليه هو ما جاء به لأنه هو الذى صدر أخيراً [1] فتكون أحكامه ناسخة لما يخالفها من القوانين السابقة عليه، صرح فيه بذلك أو لم يصرح، وهذه قاعدة مقررة فى الأصول وفى الفقه الإسلامى ومقرراً أيضاً فى أصول القوانين وفى الفقه الوضعى.

---

(١) لقد عاصر مشروع القانون رقم ٣٦ سنة ١٩٤٦ مشروع قانون الوقف فى البرلمان فبينما كان الثانى ينظر لدى لجنة العدل بمجلس الشيوخ نظر الأول بالمجلس نفسه فى جلسة ١٦ مارس سنة ١٩٤٣ وبعد مناقشة طويلة حول ارتباطه بمشروع قانون الوقف أجل نظره لجلسة ٣٠ منه، وفيها قرر المجلس الموافقة على المشروع من ناحية المبدأ ثم حصلت مناقشة أخرى حول هذا =

مادة ٤٨ — إذا لم يقسم الوقف لا تقيم المحكمة عليه أكثر من ناظر واحد إلا إذا رأت المصلحة فى غير ذلك .

ولها فى حالة تعدد النظر أن تجعل لأكثريتهم حق التصرف فيما يختلفون فيه .

وفى جميع الأحوال يجوز إفراد كل ناظر بقسم من الوقف يستقل بالنظر عليه .

٦٢٨ — اشتملت هذه المادة على أربعة أحكام متعلقة بتعدد النظار على وقف واحد . أولها القاعدة العامة التى اتخذها الشارع أصلا . والثانى استثناء من هذا الأصل . والثالث والرابع علاج لبعض الحالات التى يقع فيها التعدد ودفع لمضاره بالقدر الممكن .

الأصل :

٦٢٩ — قد راعى الشارع ما دلت عليه الحوادث الكثيرة والتجارب الطويلة من أن تعدد النظار الذين يشتركون معاً فى إدارة الوقف الواحد ضار أعظم

= الارتباط وطلب التأجيل لبحث هذا الموضوع وتقرر رفض الطلب. وبعد نظر مواده فى جلسات ٣١ مارس ، ٦ ، ٧ أبريل سنة ١٩٤٣ وإعادة كثير منها إلى اللجنة تقرر بجلسة ١٢ مايو سنة ١٩٤٣ إحالة تقرير اللجنة إلى لجنة العدل والأوقاف مجتمعتين بناء على رغبة حضرات الأعضاء للتأكد من عدم وجود تنافر بين هذا المشروع ومشروع قانون الوقف . وبجلسة ٣٠ يونيه سنة ١٩٤٣ عرض تقرير هذه الهيئة على المجلس ، وقد تضمن أنه لا تنافر يذكر بين المشروعين ، وقد كان ذلك قبل أن تضع لجنة العدل الأحكام الواردة بالمادة ٤٧ من قانون الوقف ، ثم تأجل نظره لجلسة تحدد فيما بعد ، وبقى راكداً بالمجلس حتى نظر بجلسة ١٦ أبريل سنة ١٩٤٥ بناء على طلب وزير الأوقاف وفيها تقرر إعادته للجنة الأوقاف ، وبجلسة أول أغسطس سنة ١٩٤٥ أجل للدورة المقبلة ثم نظر بجلسة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ وتقررت الموافقة عليه معدلا بجلسة ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ وأحيل إلى مجلس النواب فأقره بجلسة ٥ مارس سنة ١٩٤٦ كما أقره مجلس الشيوخ ثم صدر به القانون المذكور ونشر بالوقائع على أن يعمل به من تاريخ النشر وكان ذلك قبل صدور قانون الوقف الذى عمل به من ١٧ يونيه سنة ١٩٤٦ ، ولما استرد مشروع قانون الوقف ونظرته لجنة التنقيح بوزارة العدل أبديت فيها رغبة فى الرجوع إلى مشروع القانون سالف الذكر غير أنه عدل عنها للتصميم على أن الذى يعمل به هو ما جاء بقانون الوقف فإن صدر أولا وجب تعديل المشروع الآخر بما يوافقه وإن صدر أخيراً ، كما وقع ، كانت أحكامه ناسخة لما يخالفها من أحكام ذلك القانون .

الضرر بمصالح الوقف ومستحقيه، وهو من أكبر دواعى النزاع والفشل فى الإدارة، إذ قلما تتوافق الآراء وتتحد الأهداف، فبينما يرى أحد النظار أن تزرع أرض الوقف يرى الآخر تأجيرها، وبينما يرى هذا أن تؤجر أعيان الوقف لفلان يحتم ذاك تأجيرها لغيره، وبينما يرى هذا المبادرة بالعمارة يرى الآخر إرجاءها، وبينما هذا يريد وضع الحساب وتسويته على وجه معين يمانع فى ذلك صاحبه ويحتم وجهاً آخر، إلى غير ذلك من شتى الأهواء وأسباب النزاع التى شهدت دور المحاكم ألوانها ومآسيها، وإذ ذاك يعمد كل إلى الكيد لصاحبه، ويجر كل زميله إلى دور المحاكم ويطول التقاضى وتتولد أنواعه وتتكاثر، وهذا يجر حتما إلى إصابة الإدارة بالشلل وتعطيل المصالح وضياع الحقوق وإهمال الأعيان وتحزب المستحقين ووقوع الشحناء والبغضاء بينهم، فاتقاء لهذه الأضرار البالغة جعل الشارع الأصل ألا تقيم المحكمة على الوقف الواحد أكثر من ناظر واحد. فحدّ بهذا إلى درجة كبيرة جداً ما كانت تعمد إليه المحاكم من تعدد النظار إرواء لشهوات الطامعين باسم المصلحة وبحجة تمثيل طوائف المستحقين.

٦٣٠ — والفقرة الأولى من هذه المادة تقول « إذا لم يقسم الوقف »، وهذا القول قد يشعر بأن الشارع يعطى حكما لوقف فيه شركاء مستحقون فحسب وأن هذا الحكم لا صلة له بالوقف إذا انحصر استحقاقه فى واحد فيبقى أمره كما كان من قبل. ولكن هذا المعنى غير مراد قطعاً، ولم يأت الشارع بهذه العبارة إلا مراعاة للأعم الأغلب فإن تعدد النظار عادة يكون أكثر ما يكون إذا تعدد المستحقون. فالحكم هنا شامل للوقف يتعدد مستحقوه وتكون أعيانه شائعة وليس فيها حصص مفرزة لا من الواقف ولا من طريق القسمة، وشامل للوقف ينحصر استحقاقه فى واحد فلا يجوز للمحكمة أن تقيم عليه أكثر من ناظر واحد، لأن ضرر التعدد منشؤه الاشتراك فى الإدارة ولا مدخل فيه للاشتراك فى الاستحقاق.

٦٣١ — والوقف الواحد هنا هو ما كانت أعيانه شائعة واتحد مستحقوه، كان كل ما اشتملت عليه عقدة واحدة أو كان بعضها، تعدد واقفه أو كان واحداً، فلا بد من الشيوع ووحدة الاستحقاق، وما سوى هذا لا يكون وقفاً واحداً. فلو وقف أرضه على أولاده وذريته كان وقفاً واحداً لا يجوز تعدد نظاره مهما كان

توزيع الاستحقاق ما دامت الأعيان شائعة . ولو وقف هذه الأرض عليهم وجعل لكل فريق منهم حصة مفرزة أو قسمت المحكمة الوقف بينهم وصار حصصاً مفرزة كانت كل حصة وقفاً مستقلا لا يجوز أن يتعدد نظاره ، فإذا أقيم على جميع الحصص المفرزة نظار يشتركون فى إدارتها كان هذا من التعدد لأن كل حصة يكون عليها إذ ذاك نظار متعددون ، أما لو أقيم ناظر واحد لكل حصة لم يكن هذا من التعدد ، لأن الحصص صارت أوقافاً مستقلة ، وإن جمعتها وحدة الواقف ووحدة العقد ، ولا شركة هنا بين النظار فى الإدارة ، وهذه الشركة هى وحدها محط النهى . ولو وقف نصف أعيان شائعاً على أولاده وذريته ثم وقف النصف الآخر عليهم لا يجوز تعدد النظار على الوقفين جميعاً ولا تعدد النظار على كل واحد منهما ولا إقامة ناظر واحد على كل منهما ، لأنهما بمثابة وقف واحد يتحقق فيه ضرر الشركة فى الإدارة . وكذلك لو كان يملك هو وزوجته أعياناً على الشيوع ووقف ما يملكه على أولاده منها وذريتهم ووقفت هى ما تملكه على على أولادها منه وذريتهم .

٦٣٢ — والتعدد المنهى عنه كما يتناول تعدد النظار الذين يشتركون معاً فى إدارة الأعيان جميعها يتناول تعدد النظار الذين ينفرد كل منهم بإدارة حصة شائعة ، فإن الوقف شائع ومستحقوه متحدون فهو وقف واحد ، والشركة فى إدارته كما تكون بالشركة فى إدارة الجميع تكون فى إدارة كل منهم حصة شائعة منه ، وضرر النوع الأخير من الشركة إن لم يزد فى كثير من الأحيان على ضرر النوع الأول لا يقل عنه .

وإذا كان وقفان شائعين والاستحقاق فيهما مختلف ، كان وقفين فأحدهما مستقل عن الآخر ، فإذا أقيم على كل منهما ناظر واحد فلا تعدد ، وإذا وقع الضرر هنا لا يكون منشؤه تعدد النظار على وقف واحد وإنما منشؤه شيوع الوقفين وحده ولا حيلة فى مثل هذه . وإذا لم تكن أعيان كل من هذين الوقفين شائعة لا يجوز أن يقام عليهما نظار يشتركون فى إدارتهما لأن كل وقف منهما قد تعدد نظاره .

٦٣٣ — والوقف هنا يشمل كلا من الأهلى المحض ، والخيرى المحض ، والأهلى الذى فيه استحقاق خيرى ولكنه يعتبر أهلياً فى حق النظر ، والخيرى الذى

فيه استحقاق أهلى ولكنه يعتبر فى حق النظر أهلياً ، على ما بينا فى شرح المادة ٤٧ ، ولا يشمل الوقف إذا كان فيه الاستحقاقان وكان كل منهما يقسم له كما سيجىء . فأحكام هذه المادة ليست قاصرة على الوقف الأهلى وحده .

٦٣٤ — والقانون قد نهى عن التعدد ، إلا إذا حتمته المصلحة ، نهياً مطلقاً ، ولم يجعل لإرادة المستحقين أو من لهم أكثر الاستحقاق مدخلا فى ذلك ، فإذا طلب هؤلاء تعدد النظار ولم تكن الضرورة تقضى به لا يلتفت إلى طلبهم وما كان للشارع أن يجعل لهم مثل هذا الحق وأن يفوض لإرادتهم بدون قيد ولا شرط أمراً لمس فيه مالمس من العيوب والأضرار البالغة، أما إذا حتمته المصلحة فإنه يكون، لكن لا يكون لإرادتهم، بل رعاية للمصلحة وحدها ، والأخذ بخناق أن الناظر يعتبر وكيلاً عن المستحقين فلهم أن يختاروه كيفما أرادوا حجة كلها هباء فى هباء وليس للمستحقين إرادة مع إرادة القانون وليس من حقهم أن يتعدوا حدوده ولا أن يغيروا ما شرعه ، ورعاية القانون لإرادتهم فى الاختيار وحده لا تصلح حجة لمنحهم ما لم يمنحهم القانون .

٦٣٥ — والشارع قد نهى عن التعدد ولكنه لم يجعل لمخالفة هذا النهى جزاء ، فإذا تصرفت المحكمة على غير ما أراد القانون وكان من الممكن تدارك الأمر أمام درجة أخرى تداركته ، وإن كان التصرف نهائياً أو صار نهائياً فإنه يحوز قوته ولا حيلة لأحد فيه ويكون كأشباهه ونظائره من التصرفات الأخرى التى يجب إمضاؤها وإن كانت خطأ وليس لأحد أن يقول أن ذلك التصرف باطل بطلاناً أصلياً لمصلحة القانون .

٦٣٦ — والتعدد الذى نهى الشارع عنه هو التعدد الذى يأتى من طريق المحكمة ، أما التعدد الذى يأتى من طريق الواقف فإن هذه المادة لا حكم لها فيه فيعمل به ما كان شرط الواقف فيه صحيحاً ، أما إذا كان شرطاً باطلا طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢ فإنه لا يعمل به وتطبق عليه أحكامها [1] .

---

(١) أنظر ص (٣٨٦) والمشروع الأول لهذا القانون كان مشتملا على فقرة ثانية لهذه المادة نصها (وإذا شرط الواقف النظر لمتعدد جاز المحكمة أن تعمل بشرطه إن لم يكن فى العمل به ضرر بين) ولكن لجنة العدل بمجلس الشيوخ حذفتها اكتفاء بالقاعدة العامة وهى الواردة بالفقرة المذكورة .

٦٣٧ — والشارع لم ينه إلا عن تعدد النظار ، فلا نهى له عن تعدد الآخرين ممن لهم نوع من الولاية ، كالمشرفين والنظار الحسبيين ، ولا ينشأ عنهم تعدد النظار . فلو أن المحكمة أقامت ناظراً واحداً وعينت مع ذلك مشرفاً أو أكثر من مشرف لم يمتنع ذلك لأنه لا تعدد فى النظار بذلك أصلاً ، وإذا كان فى غيرهم تعدد فلا نهى عنه ، ولا ضرر فيه لأنه لا يؤدى إلى ما يؤدى إليه تعدد النظار ، هذا إذا لم يكن المشرف بمعنى الناظر ، أما إذا كان له من الولاية ما للنظار فإن هذا يكون من تعدد النظار قطعاً ، ولا قيمة لاختلاف الألفاظ وإنما العبرة بالمعنى .

الاستثناء

٦٣٨ — وقد نهى الشارع عن التعدد إلا إذا رأت المحكمة أن فيه مصلحة فإنها إذ ذاك تلجأ إليه لتحقق هذه المصلحة . وإذا دار الأمر بين النفع والضرر وكانت له نواح من الشر ونواح من الخير لا يمكن أن يقال أن فيه مصلحة إلا إذا ربا نفعه على ضره وتغلب خيره على شره وقضت الضرورة بتحمل ما فيه من المفاسد جلباً لصالح أقوى منها ، أما إذا غلب شره على خيره وطغت مفاسده على مصالحه فلا وزن لهذه المصالح ولا وجود لها فى نظر من يقدر الأمور ، وتلك أولية يقررها الأصوليون ويتّبعها الفقهاء ، وتعدد النظار جمّ المعائب كثير المفاسد ولذا جعل الشارع منعه هو الأصل والقاعدة التى لا يعدل عنها إلا عند الضرورة القصوى ولهذا قال فى صدر المذكرة التفسيرية عند استعراض أغراض هذا القانون « أنه منع تعدد النظار إلا فى الأحوال التى تحتمها المصلحة » فإذا لم يكن التعدد أمراً محتوماً لا تلجأ إليه المحكمة ، وإذا قضت به الضرورة ركنت إليه على شريطة أن توازن بين الأمور وتبين وجهة نظرها ، فليس معنى تفويض الأمر إلى رأيها أنه منحة منحت لها إن شاءت أخذت بها وإن شاءت أعرضت عنها لا دافع لها سوى ما ينقدح فى نفسها ولا رقيب عليها ، بل الأمر قد نيط بالمصلحة ، ومن رآها فى أمر كهذا فعليه أن يوازن بين النواحى ويفصل وجهات النظر ويبين سبيل اختياره ومصدر رأيه ، وألا يكتفى بقوله ونرى أن من المصلحة التعدد .

٦٣٩ — والقانون قد جاء بالنهى عن التعدد وما كانت أسبابه ، إلا فى أحوال نادرة جداً ، سوى إرضاء الطامعين وتسكين فتنة الجشعين المتحازبين ،

الأمر الذى اعتادت المحاكم أن تسميه تمثيل الفروع أو تمثيل أصحاب الحصص ، وهو أمر له قيمته ، والشارع لا يجهله ، ولـكنه وجد أن إثم التعدد أكبر من هذا النفع فنهى عنه ولم يبال بتمثيل أصحاب الحصص ، الأمر الذى ترى له المظهر الجلى فى أحكام الفقرة الثانية من المادة ٤٩ . فالقانون قد جاء لمحاربة التعدد الذى قل أن كان يحصل لغير تمثيل الحصص ، فمن التجنى البين على هذا القانون أن يزعم أحد أنه يرى أن تمثيل الحصص من المصلحة التى تبيح التعدد ، ولو أننا ذهبنا إلى مثل هذا الرأى لـكنا متجاهلين لما أراده الشارع من المصلحة على وجه بين لا لبس فيه ولأهدرنا قيمة هذه الأحكام ، وكان تشريعها عبثاً لم يغير أى شىء مما كانت عليه أسباب التعدد إذ من المقطوع به أنه ما كان يقع من قبل إلا مراعاة لنوع من المصلحة ، فالقانون لم يعن أى مصلحة وإنما يريد مصلحة تربو على ضرر التعدد وتجعله أمراً محتوماً .

٦٤٠ — ومن المصالح التى تحتم التعدد أن يرتكب الناظر ما يقتضى أن يضم إليه ثقة يشترك معه فى النظر ولا تقتضى أكثر من ذلك ، فلا وجه إذن لعزله حيث لا يوجد ما يبرره ، ولا سبيل إلى تركه منفرداً بإدارة الوقف مع وجود الريبة ، فتحتم أن يضم إليه من يشترك معه . أما إذا ارتكب ما يوجب الضم إليه مع إذن المضموم إليه بالانفراد بالتصرف فليس فى هذا تعدد حقيقة حيث لا شركة فى الإدارة وليس إلا تعدداً صورياً وهذا ما لا يعنيه القانون . والمشروع الأول لهذا القانون كان مشتملا على عدم جواز الضم مع الشركة ليتمشى مع حكمه فى التعدد وهو النهى عنه بدون استثناء ، ومشتملا أيضاً على عدم جواز الضم مع الإقرار ولما فيه من الضرر ، ولكن لجنة العدل بمجلس الشيوخ لما أضافت الاستثناء الوارد هنا ورأت تحكيم المصلحة حذفت من ذلك المشروع المادة [1] المتضمنة لهذين الحكمين .

٦٤١ — ومن المصالح أن تقضى حالة إدارة الوقف بالتعدد بحيث يكون ضرورة لا مفر منها . كما لو كان الموقوف مدرسة أو مستشفى أو نحو ذلك من الأوقاف التى تتطلب أن تكون إدارتها فى يد فنيين وماليين فى وقت واحد ،

(١) نص هذه المادة هو « لا يجوز للمحكمة أن تنهى دعوى العزل بضم ناظر إلى آخر » فكانت ناهية عن الضم بنوعيه .

فلا مناص إذن من التعدد . وكما لو كانت أعيان الوقف كثيرة متفرقة المواطن والمستحقون كثيرون أيضاً بحيث لا يمكن لواحد أن يضطلع بإدارته على الوجه الصحيح وبخاصة إذا كانت له أعمال أخرى .

٦٤٢ — ومن المصالح التى تبيح التعدد ما نظر إليه الشارع فيما يتعلق بالنظر على الحصة الخيرية ، فإذا كان الاستحقاق فى الوقف أهلياً وخيرياً وكان كل مما يقسم له ولم يعتبر الوقف كالخيرى المحض ولا كالأهلى المحض كان النظر على الحصة الخيرية طبقاً لما تقضى به أحكام المادة ٤٧ والنظر على الحصة الأهلية طبقاً للأحكام الأخرى واعتبرت كل حصة منهما مستقلة عن الأخرى فيما يتعلق بالنظر وإن كان الوقف شائعاً لم يقسم ، وهذا كثيراً ما يفضى إلى تعدد النظار، ولكن الشارع غلب مصلحة الحصة الخيرية على كل اعتبار آخر وأباح هذا التعدد . على أنه من الواجب على المحكمة فى هذه الحال أن تعمل جاهدة للعمل بالنصين وأن تتقى التعدد بالقدر الممكن ، أما إذا تعين ولم توجد وسيلة لاتقائه فلا مناص منه .

٦٤٣ — ومن الضرورات التى تبيح التعدد ألا يوجد من مستحقى الوقف من يقبل النظر عليه ، فإذا اتفق المستحقون فيما بينهم على أن يتولى النظر عليه إثنان منهم أو أكثر ولم توجد مصلحة تبيح التعدد ولكن كل واحد ممن اختبروا للنظر لم يقبل أن يقام عليه منفرداً وأصر على ذلك ، كما أنه لم يقبل ذلك غير المختارين ، فلا سبيل إلى إقامة ناظر واحد أجنبى لأن ضرر التعدد مهما كان أمره أخف من ضرر أن تعمل اليد لغيرها ، ولا سبيل إلى إقامة ناظر واحد من المستحقين ، فلم يبق إلا ارتكاب أخف الضررين وهو ضرر التعدد . ولكن يجب أن يراعى أن التعدد لم يكن لتحقيق رأى المستحقين لأنه ملزم وأنه إنما كان لأن اتقاءه ليس ميسوراً ، ولهذا يجب على المحكمة أن تحاول اتقاءه بكل الطرق حتى إذا تعذر عليها ذلك لم يكن بد من التعدد خضوعاً لحكم الضرورة .

ومن هذا القبيل ما إذا كان الوقف شائعاً وأقيم عليه نظار متعددون قبل العمل بالقانون وكان كل منهم ناظراً على حصة شائعة ثم مات أحدهم أو خرج أو أخرج من النظر ولم يقبل أحد من بقية النظار أن يتولى النظر على الحصة التى خلت فلا مناص من إقامة ناظر آخر عليها وإن كان فيه استبقاء للتعدد . أما إذا

كان من بين الباقين من يقبل النظر عليها وجبت إقامته عليها للأقلال من التعدد فإن القانون يفيد بعبارته منع التعدد ويفيد بدلالته منع التوسع فيه بأولى ، إذ كلما كثر النظار وتزايد عددهم تفاقم الشر وعظمت الأضرار فكان منع التزيد منه أولى من منع أصله . فالقانون يمنع أصل التعدد ، ويمنع استبقاءه ، ويمنع تكاثر النظار ، ويمنع استبقاءه ، ومناط الحكم غاية فى الوضوح .

٦٤٤ — وإذا كان على الوقف ناظران أجنبيان أو مستحق وأجنبى ومات أحد الناظرين أو خرج أو أخرج من النظر ولم يبق فى النظر إلا أجنبى وطلب أفراده بالنظر وطلب مستحق إقامته معه أقيم هذا المستحق وإن أدى ذلك إلى التعدد وخالف اختيار من لهم أكثر الاستحقاق لأن ضرر انفراد الأجنبى بالنظر وإستقلاله بالعمل لغيره أبلغ من ضرر التعدد فالمصلحة فى اشتراك أحد المستحقين معه فى النظر من المصالح الراجحة التى تبيح التعدد وتبيح مخالفة اختيار من لهم أكثر الاستحقاق فى هذا الوقف ، على أن اختيار من لهم أكثر الاستحقاق إنما يعتد به إذا كان فى حدود القانون والأحكام الأخرى والقانون لا يبيح اختيار الأجنبى إذا لم يكن فى المستحقين من يصلح واختيارهم له عند وجوده كاختيارهم لمن ليس أهلا للنظر .

العلاج الأول للتعدد

٦٤٥ — من القواعد المقررة أن ما يثبت لإثنين فأكثر ليس لأحدهم أن ينفرد به ، وقد بنوا على هذه القاعدة أنه ليس لأحد الناظرين الانفراد بالعمل إلا فى استثناءات محدودة قليلة الأهمية ، فإذا تعدد النظار لا ينفذ تصرف فى إدارة الوقف إلا إذا باشروه جميعاً ، وإذا امتنع أحدهم عن مباشرته لم يجز للآخرين أن ينفردوا به . وكثيراً ما يحدث الخلاف بين النظار فيشذ بعضهم ، وقد يكون كل ما يرمى إليه هو محاربة الآخرين ولو أدى ذلك إلى تعطيل مصالح الوقف فيبقى الأمر معلقاً وتضيع الفرص وتحل الأضرار بالوقف ومستحقيه فإن الإجراءات التى تتبع أمام المحاكم للحصول على الإذن بالانفراد كثيراً ما تكون عقبة فى طريق الحصول على هذا الإذن بالانفراد قبل فوات الوقت ، لهذا رأى الشارع أن من المصلحة أن يعطى المحكمة الحق فى حالة تعدد النظار أن تجعل رأى أكثريتهم

نافذاً كما هو متبع فى المجالس التى تدير أمور الدولة ومصالحها والتى تدير المؤسسات والمنشآت وفى غيرها من الهيآت ، ويكون ذلك باصدار قرار من المحكمة يجعل للأكثرية حق الانفراد بالتصرف الذى يقع فيه الخلاف ، فيكون لها الحق فى مباشرته وإن امتنع عنها المخالف ، ويكون ذلك من المحكمة إذناً للأكثرية بالانفراد بالتصرف فى هذه الأحوال .

٦٤٦ — والذى استحدثه القانون هو إذن المحكمة للأكثرية بالتصرف فى مواطن الخلاف إذناً عاماً يتناول كل المسائل التى يختلف عليها فى جميع الأوقات ، لا أنه يريد أن تعرض على المحكمة كل مسألة بخصوصها لتصدر فيها قرارها ، فإن هذا كان حاصلا من قبل وقد تبين الشارع أنه قليل الجدوى ، كما أنه لا يكون إذناً لأشخاص بخصوصهم بل يكون إذنا للأكثرية مهما كانت وهى مما تختلف أشخاصها باختلاف المواقف فالإذن يكون لأكثرية غير معينة . أما الإذن لأكثرية معينة فليس مما استحدثه هذا القانون وليس إلا نوعاً من الإذن بالانفراد لبعض معين من النظار دون الباقين .

٦٤٧ — والمحكمة لها الحق فى إصدار هذا الإذن عند تعدد النظار سواء أكانوا نظاراً بشرط الواقف أم كانوا نظاراً أقامتهم المحكمة أم كانوا خليطاً من النوعين ، كما لو مات أحد النظار بالشرط أو انعزل أو عزل ولم تر المحكمة الاكتفاء بالباقين ، وكما لو ضم إلى النظار ثقة يشترك معهم مع مراعاة ما سيأتى .

وقد جعل لها هذا الحق رعاية لمصلحة الوقف وحسن إدارته دون نظر إلى شىء آخر ، فلها أن تقرر ذلك بطلب أو بغير طلب متى تبين لها أن المصلحة تقتضيه ، ولها إصدار هذا الإذن ضمن قرار الاقامة ولها إصداره بعد ذلك وإن كان فى تصرف آخر وتبين لها أن المصلحة فى إصداره وإن لم يطلب منها كما لو طلب كل من النظار عزل الآخر للخلاف فيما بينهم وتبين لها أن ليس من المصلحة عزل أحد وأن من الممكن علاج الموقف بهذا الاذن أصدرته ورفضت طلب العزل .

٦٤٨ — ومن الواجب أن يكون إصدار هذا الاذن على وجه لا يترتب عليه المساس بقرارات أخرى وتعطيلها ، فلو كان للوقف ناظران ضم إليهما ثقة يشترك معهما وتبين للمحكمة أن المصلحة تقضى بأن تجعل لأكثريتهم حق التصرف

فيما يختلفون فيه وجب أن يشتمل هذا الإذن على أن يكون الثقة من بين هذه الأكثرية وإلا تفعل ذلك فقد يؤدى تصرفها إلى انفراد الناظرين الأصليين بالتصرف ، وفى هذا مساس بقرار الضم وتعطيل له فى هذه الحالة . أما إذا كان للوقف ناظر وضم إليه ناظران مشتركان فلاحاجة إلى اشتمال الإذن على هذا الشرط . ولو كان له ناظران وضم إليهما ناظران وجب أن يشتمل الإذن على هذا الشرط لاحتمال أن تتكون الأكثرية من الناظرين الأصليين وأحد المضمومين وقرار الضم لم ير كفاية لمصلحة الوقف أن ينضم إليهما واحد فقط . فتنفيذ قرار الضم يقضى بوجود هذا الشرط .

٦٤٩ — وهذا العلاج ليس علاجاً شاملا لجميع أحوال اختلاف النظار . فهو ليس علاجاً لحالة ما إذا كان النظار أكثر من اثنين وتفرقت الآراء فلم توجد أكثرية . وليس علاجاً لحالة ما إذا كان للوقف ناظران اثنان فقط واختلفا إذ ليس فى هذه الحالة أكثرية . وليس علاجاً لحالة ما إذا كان الوقف شائعاً وكان له عدد من النظار كل منهم ناظر على حصة شائعة وليس له ولاية على بقية الحصص واختلفوا فيما يتعلق بإدارة أعيان الوقف كالتأجير والزراعة وبيع الثمار وطريقة الرى وأشباه ذلك، لأن العلاج إنما وضع لاتقاء نتائج الاختلاف بين الشركاء فى الولاية والتصرف ، أما هؤلاء فإن لكل منهم ولاية التصرف فى حصته كاملة ولا حق له فى أن يتصرف فى بقية الحصص وضرر الاختلاف لم ينشأ عن الاشتراك فى الولاية بل نشأ عن شيوع الولاية بسبب شيوع الحصص. على أن من يأخذ بظاهر الألفاظ ويقول باندراج هذه الحالة فيما تأذن به المحكمة للأكثرية كان محققاً للمصلحة وإن كان متعسفاً فى تأويل القانون .

العلاج الثانى للتعدد :

٦٥٠ — وهذا العلاج هو إنهاء التعدد . فإذا كان للوقف نظار مشتركون كان للمحكمة رعاية للمصلحة أن توزع عليهم أعيان الوقف وتقسمها بينهم قسمة نظر بحيث يكون كل واحد منهم ناظراً مستقلا على القسم الذى خصص له يتولى إدارته وجمع غلاته وتوزيعها على مستحقيها ويمثل هذه الأعيان عند التقاضى ويكون وحده هو المسئول عنها أمام المحكمة والمستحقين دون غيره ودون أن يكون مسئولاً

أمام النظار الآخرين عن أى شىء يتعلق بهذه الأعيان بوصف كونهم نظاراً. وقرار المحكمة هذا ينطوى حتماً على إخراج ناظر كل قسم من الولاية على بقية الأقسام وأفراده بالنظر على هذا القسم.

وثبوت هذا الحق للمحكمة لايحول بينها وبين حقها الآخر من إفراد كل ناظر بإدارة القسم الذى تخصصه له مع بقائهم مشتركين فيما يتعلق ببقية أعمال النظر من توزيع الغلات على مستحقيها وتمثيل الوقف وسائر ماليس داخلا فى إدارة الأعيان لاستغلالها فحسب. وهذا ليس إفراداً لكل منهم بالنظر وإنما هو إفراد بنوع من التصرف.

٦٥١ — وهذا الحق شرع أيضاً لمصلحة الوقف والمستحقين فتملكه المحكمة بغير طلب، فلها حين نظر طلب العزل أو طلب كل من النظار إذنه بالانفراد أن تنهى الطلب بهذا التصرف.

وهذا الحق إنما يكون بعد وقوع الشركة فى الولاية على الوقف. أما إذا وقع ابتداء فانه يكون إقامة لنظار مستقلين من أول الأمر وليس فيه إفراد.

وهذا الحق يطبق على النظار بشرط الواقف وعلى النظار الذين أقامهم القاضى وعلى النظار من النوعين، ويجب ألا يكون فيه مساس بقرارات الضم إن كانت، ويطبق أيضاً على النظار إذا كان كل منهم ناظراً على حصة شائعة وهذا لاشبهة فيه بخلاف العلاج الأول.

أنواع ليست من التعدد

٦٥٢ — قد عرفنا أن ضم ناظر إلى آخر مع إذن المضموم بالانفراد ليس من تعدد النظار الذى نهى عنه القانون حيث لا توجد شركة فى الادارة. وكذلك ليس منه إقامة ناظر خاص ليؤدى وحده عملا بعينه لا يشترك فيه مع الناظر الأصلى ومنه مايسمى فى العرف القضائى بالمأذون بالخصومة. وليس من التعدد أيضاً الناظر المؤقت الوارد بالمادة ٥٣ لأنه لا يعدو أن يكون ناظراً له حق العمل وحده فترة معينة.

السريان والأطوار

٦٥٣ — وأحكام المادة ٤٨ تسرى على الأوقاف السابقة على العمل بالقانون

كما تسرى على الأوقاف اللاحقة للعمل به ، غير أن طبيعة هذه الأحكام لا تجعل الحوادث السابقة محلا لتطبيقها . وهى أحكام لا تطبق على الأوقاف المبينة بالمادة ٦١

وهذه الأحكام لم تكن فى جوهرها موضع خلاف من البداية للنهاية ، ولم تكن الفقرة الثانية الحالية موجودة بالمشروع الأول وقد زادتها لجنة العدل بمجلس الشيوخ وحذفت الفقرة الثانية الأصلية الخاصة بالنظار بشرط الواقف كما زادت الاستثناء الوارد بآخر الفقرة الأولى ولم يطرأ على هذه المادة تعديل بعد ذلك .

٦ — نظر الأجنبى واختيار المستحقين

مادة ٤٩ — لا يولى أجنبى على الوقف إذا كان فى المستحقين من يصلح للنظر عليه .

فإذا اتفق من لهم أكثر الاستحقاق على اختيار ناظر معين أقامه القاضى إلا إذا رأى المصلحة فى غير ذلك .

ويعتبر صاحب المرتب كمستحق بنسبة مرتبه لريع الوقف .

ويقوم ممثل عديم الأهلية أو الغائب مقامه فى الاختيار .

وتقرر هيئة التصرفات انتهاء ولاية الناظر الأجنبى متى وجد من المستحقين من يصلح لها .

ا — نظر الأجنبى على الوقف

٦٥٤ — عمل الإنسان لغيره قد يكون ضرورة اجتماعية فى كثير من المرافق العامة وبالنسبة لمن لا يستطيعون العمل لأنفسهم ، إلا أنه يجب أن ينظر إليه كضرورة اجتماعية لا أقل ولا أكثر ، فلا يجوز الالتجاء إليه متى أمكن أن يعمل كل امرىء لنفسه فهو أحبولة الشيطان والسبيل المعبدة للمفاسد والأضرار البالغة التى قد تتجاوز الحدود وتتخذ لهـا أعظم مظهر فى تصرفات نظار الأوقاف وما يسلكه أكثرهم من العسف بالمستحقين واغتيال حقوقهم بشتى الأساليب، ومن الإهمال فى الإدارة والعناية بالموقوف إهمالاً فاحشاً يؤدى إلى ضعف غلته وكثيراً ما يؤدى إلى خرابه أو ضياع بعضه وربما أدى إلى ضياعه كله . ولم يجر

إلى هذا سوى أنهم لا يعملون لأنفسهم أصلاً ، أو لا يعملون لها خاصة ، وقل أن يسلم من يعمل لغيره من الطمع والجشع والاهمال . واتقاء لهذه المفاسد قد سن هذا القانون من الأحكام المباشرة وغير المباشرة ما يجعل عمل الانسان لنفسه فى إدارة الأوقاف أمراً ميسوراً بالقدر المستطاع ، فأخذ بقسمة أعيان الوقف بين مستحقيه واختار القول بعدم نقص القسمة فى الريع ، وأوجب إقامة كل مستحق ناظراً على حصته متى كانت مفرزة ، وقرر فى هذه المادة أنه إذا كان الوقف شائعاً وليس فيه حصص مفرزة ودعت الحال إلى أن تقيم المحكمة ناظراً عليه وجب عليها ألا تقيم ناظراً أجنبياً عن المستحقين متى كان فى المستحقين من يصلح للنظر وإذا كان ناظر الوقف ليس من المستحقين وجب عليها إنهاء ولايته متى كان فى المستحقين من يصلح للنظر ، لأنه إذا كان من المتعذر أن يعمل كل المستحقين لنفسه فلا أقل من أن يعمل أحدهم لنفسه ولشركائه .

المراد بالتولية

٦٥٤ — والقانون قد نهى عن تولية الأجنبى على الوقف ، ولكنه لا يريد أى تولية ، بل يريد ولاية النظر خاصة ، بدلالة عنوان الباب « النظر على الوقف » ، وبدلالة قول هذه المادة فى الشرط الوارد بالفقرة الأولى « من يصلح للنظر عليه » وبدلالة قول المذكرة التفسيرية « واحتاج الأمر إلى إقامة ناظر على الوقف وجب على المحكمة . . . . » . فهذه المادة لا حكم لها فى غير ولاية النظر كولاية الإشراف والنظر الحسبى إذا كان عمل كل منهما الرأى والمشورة فحسب أما إذا كان له عمل الناظر فإنه يأخذ حكمه حتماً إذ العبرة بالمعانى . وكون هذه المادة لا حكم لها فى الولايات الأخرى لا يعفى المحكمة من الاسترشاد بأحكامها وتحقيق أغراضها بالقدر المستطاع ، وإذا كانت ولاية الأجنبى الأخرى لا يرتقب أن تجر إلى المفاسد التى تجر إليها ولايته فى النظر فقد يكون لها فى بعض الأحيان نتائجها السيئة .

٦٥٦ — والمراد بالتولية أيضاً إقامة المحكمة للناظر لا تولية الواقف ، وواضح من وضع هذه المادة وسياقها أن أحكامها خاصة بمنصوب القاضى وأنه لا علاقة لها بمنصوب الواقف ، وقد ظهر هذا المعنى جلياً بالمذكرة التفسيرية فى عدة مواطن ، منها عباراتها المنقولة فى النبذة السابقة . فهذه المادة لا حكم لها فى منصوب الواقف

فلو أراد أن يشهد بإقامة ناظر أجنبي فى حياته أو بعد موته ، إما بشرط فى إشهاد الوقف أو التغيير أو بإشهاد مستقل ، فليس لمن يسمع الإشهاد أن يرفض سماعه بحجة أنه اشتمل على تصرف ممنوع أو باطل [١] لأن هذه المادة قد نهت عن تولية الأجنبي على الوقف بإطلاق شامل لتولية الواقف ، وذلك لأن تولية الواقف للأجنبي ليست ممنوعة لا بنص فى هذا القانون ولا بمقتضى الأحكام الأخرى . وقد عرفت فيما مضى [٢] أن شرط الواقف النظر للأجنبي وإن لم يكن ممنوعاً ولا يقع باطلا حين الشرط قد يلحقه ما يصير به باطلا فى بعض الأوقات طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢ .

إطلاق النهي:

٦٥٧ — وقد نهى القانون عن تولية الأجنبي فى النظر على الوقف نهياً مطلقاً شاملا لكل أنواع النظر ، فهو شامل لإقامة الأجنبي فى النظر على الوقف وحده ، ولإقامته فيه مع غيره ابتداء ، ولضمه إلى غيره فإذا قررت المحكمة ضم ثقة إلى الناظر ليشترك معه أو مع إذنه بالانفراد وجب ألا يكون هذا المضموم ، أجنبياً ، ولأفراد الأجنبي فإذا كان للوقف أكثر من ناظر ومات بعض النظار أو انعزل أو عزل وكان الباقى أجنبياً لا يجوز إفراده بالنظر لأن هذا الإفراد نوع من التولية فإن فيه إكمالاً لولاية نظره التى كانت ناقصة ومنحه ولاية لم تكن له .

٦٥٨ — وقد نهى أيضاً عن هذه التولية نهياً مطلقاً غير مقيد بشىء سوى القيد الذى سيأتى الكلام فيه ، فلم يقيده بمصلحة ولا بغير مصلحة ولم يجعل

(١) جاء بصدر المادة ٤ « يرفض سماع الإشهاد إذا اشتمل على تصرف ممنوع أو باطل .... » والتصرف الباطل هو التصرف الذى يكون باطلا بطلاناً ناجزا حين سماع الإشهاد كتأبيد الوقف الأهلى وتأقيت وقف المسجد ووقف المسلم على محرم ووقف الذمى على جهة محرمة فى شريعته وفى الشريعة الإسلامية ووقف ما لايجوز وقفه . والتصرف الممنوع هو ما منعه الشارع ولكنه غير محقق البطلان حين الإشهاد كحرمان أصحاب الاستحقاق الواجب مما وجب لهم فإن هذا الحرمان فى الحقيقة موقوف فقد يجيزه صاحب الحق فيصح وقد لا يجيزه فيبطل ، ووجوب الاستحقاق ، كما قالت المذكرة التفسيرية ، إنما يظهر عند موت الواقف ، فقد لا يكون الوارث عند الإشهاد وارثاً عند الموت ، وقد يكون ماله عند الموت على حالة يزول بها الحرمان ، ولكن الشارع منع الإشهاد به وإن لم يكن ناجز البطلان حينه إفتراضا منه لدوام الواقع عند صدوره إلى وقت الموت . أما إذا كان التصرف غير ناجز البطلان ولم يمنعه الشارع وإن كان محتمل البطلان كما فى شرط النظر للأجنبي ، فإن إشتمال الإشهاد عليه لا يقتضى رفضه .

(٢) ص (٣٨٦)

للمستحقين أى مدخل فى ذلك . فليس للمحكمة إذا توافر الشرط أن تبحث فيما إذا كانت المصلحة فى إقامة الأجنبى فتقيمه ، وليس لها إذا اختار المستحقون أو من لهم أكثر الاستحقاق أجنبياً أن تقيمه فى النظر محتجة بإطلاق الفقرة الثانية من هذه المادة وإنها إن فعلت شيئاً من ذلك مع توافر الشرط فقد حادّت هذا القانون وأحكامه وعطلتها بدون مبرر وارتكبت أبغض شيء إلى الشارع الذى سن أكثر الأحكام للتخلص من ولاية الأجنبى فلا حق لها إذن أن تبحث عن مصلحة أو غير مصلحة ، واختيار المستحقين يجب أن يكون فى حدود القانون ليكون محترماً أما إذا تعداها فإنه لا يعتد به لما فيه من تغيير المشروع والعدوان على أهم مقاصد الشارع .

القيد الوحيد :

٦٥٩ — وقد نهى القانون عن إقامة الأجنبى فى النظر على الوقف إذا كان فى المستحقين من يصلح له ، أما إذا لم يكن فيهم من هو أهل للنظر عليه فلا مفر من إقامة الأجنبى إذ لا سبيل إلى أن يترك الوقف مهملا لا ناظر له يتولى شئونه إلى أن يوجد من بين مستحقيه من يصلح للنظر عليه ، وهذه هى حالة الضرورة التى أشارت إليها المذكرة التفسيرية . ومن البديهى أنه إذا كان يوجد من المستحقين من يصلح للنظر ولكنه امتنع عن قبول النظر عليه لم يعتبر موجوداً إذ لا سبيل لإرغامه على قبول أمر لا يريده ، فيكون وجوده وعدمه سواء بالنسبة للمقصد الذى أراد الشارع تحقيقه . وعلى هذا إذا أجمع المستحقون على اختيار أجنبى وأبى كل منهم قبول إقامته فى النظر وأصرّ على ذلك ، ولم تفلح المحكمة فى علاج هذا الموقف فلا مناص من إقامة الأجنبى ، ولكن ليس هذا لاحترام رغبتهم فى توجيه النظر إلى أجنبى بل لامتناعهم عن قبول النظر وقيام حالة الضرورة ، ومتى قامت الضرورة لهذا السبب فلا مانع من العمل برأيهم فى اختيار المعين الأجنبى . أما إذا وجد من يصلح للنظر من المستحقين وقبل الإقامة وجبت إقامته ، وإن اختار من عداه من المستحقين أجنبياً وأعلنوا عن عدم رضاهم عن المستحق ولم يبدوا ما يقدح فى أهليته للنظر .

والأجانب ليسوا فى درجة واحدة فإذا قضت الضرورة بإقامة أجنبى كان من البديهى أن يقدم الموثوق به على غيره وأن يقدم ممثل الجهة والنائب عن عديم

الأهلية على من ليست له هذه الصفة ، و بالجملة فالأمر إذ ذاك يرجع لحسن تقدير المحكمة والاتجاه إلى ما هو أقرب لغرض القانون .

لا جزاء على المخالفة

٦٦٠ — نهى القانون عن هذه التولية ولم يذكر جزاء يترتب على مخالفة هذا النهى فإذا وقعت المحكمة فى هذه المخالفة ، خطأ أو عمداً ، ولم يمكن تدارك ذلك أمام درجة أخرى وصار القرار نهائياً ، حاز هذا القرار قوته وثبتت الولاية لهذا الأجنبى ، وليس لأحد أن يحول بينه و بينها بحجة أنها باطلة بطلاناً أصلياً لمخالفة القانون ، لأن للقرارات المخطئة قوة القرارات الصحيحة ما لم يكن خطؤها راجعاً إلى فقدان الوظيفة . و إذا عمد المستحق الذى يصلح للنظر إلى طلب إنهاء ولاية هذا الأجنبى لا يمنع من ذلك بحجة أن طلبه لا يعدو أن يكون طعناً فى قرار نهائى من غير طريقه وأن الموضوع قد طرح على المحكمة وفصلت فيه ، لأن هذا الطالب لا يطعن فى الإقامة و إنما يطلب شيئاً آخر سواها وهو إنهاؤها ، والأسباب لا تحوز قوتها إلا بالنظر لما اشتمل عليه منطوق القرار الذى وضعت له دون سواه . وقد يكون فى هذا شىء من التسامح ولكنه جد مقبول للوصول إلى تحقيق أغراض الشارع و بخاصة إذا كانت من الصميم .

الأجنبى :

٦٦١ — والمراد بالأجنبى هنا من ليس مستحقاً بالفعل و إن كان من الموقوف عليهم الذين لم يثبت لهم الاستحقاق بعد ، يرشد إلى هذا قول المادة « إذا كان فى المستحقين من يصلح » فقد قابلت بين الأجنبى و بين المستحق فدل هذا على إرادة أن الأجنبى هو من ليس مستحقاً ، وقد أفصحت المذكرة التفسيرية عن هذا المراد إفصاحاً تاماً لا لبس فيه بقولها « وجب على المحكمة ألا تولى عليه أجنبياً عن المستحقين » وقولها « و إذا قضت الضرورة بتعيين أجنبى عن المستحقين » . ومع هذا لو أن النص كان « لا يولى غير مستحق على الوقف » لكان ذلك خيراً .

وغير المستحق لا يخرجه عن كونه أجنبياً أنه يمثل جهة أو ينوب عن عديم الأهلية أو ناقصها ، فإنه غير مستحق حقيقة ، والقانون لم يجعل ممثل الجهة

كالمستحق إلا فى القبول والرد وطلب القسمة ، والنائب عن عديم الأهلية لم يجعل كالمستحق إلا فيما يدخل فى أصل ولايته المالية ومنه طلب القسمة ، وفى اختيار من يكون ناظراً على الوقف ،ولم يعطه القانون هنا وصف المستحق الاعتبارى فلا مفر من اعتباره أجنبياً ، والمعنى فى ذلك غاية فى الوضوح فإن كلا من الممثل والنائب فيما يعمل لمن له عليه الولاية ليس إلا عاملا لغيره بحكم الضرورة فلا وجه لجعل هذا سبباً للتوسع فى الأمر الضرورى وإعطائه حق العمل لغير آخر .

المراد بالوقف :

٦٦٢ — والمراد بالوقف هو الوقف الشائع الذى ليست فيه حصص مفرزة ، سواء أكان كل ما وردت عليه عقدة الوقف أم كان بعضه ، فإذا وقف وجعل لطائفة من الموقوف عليهم حصة مفرزة من الأعيان ، وجعل لثانية حصة كذلك ، ولثالثة حصة كذلك ، كانت كل حصة منها وقفاً مستقلاً بالنسبه للنظر ، فكما لا يجوز أن يولى عليها غير مستحق فى الوقف كله لا يجوز أن يولى عليها غير مستحق فيها وإن كان مستحقاً فى حصة أخرى من حصص هذا الوقف ، فإنه بالنسبة لهذه الحصة ، وهى وقف مستقل ، أجنبى عن مستحقيها فلا يجوز أن يولى عليها إذا كان فى مستحقيها من يصلح للنظر . أما إذا كانت أعيان الوقف شائعة واعتبر أوقافاً متعددة بالنظر للاستحقاق ، فإن المستحق فى حصة من حصصه لا يعتبر أجنبياً عن بقية الحصص من ناحية النظر الذى لا يقوم الأمر فيه على تميز حصص الاستحقاق بل على تميز حصص الأعيان لأن المسألة مسألة إدارة وهى ترجع إلى الأعيان لا إلى الاستحقاق .

٦٦٣ — والوقف هنا كما يتناول الأهلى يتناول الخيرى ولكن مع مراعاة الأحكام الأخرى وبالقدر الذى لا يتعارض معها . فإذا كان الوقف خيرياً على طلبة العلم من قريته ، أو على طلبة العلم من أهل جهة معينة ، أو على الفقراء من قرابة زوجته أو شخص آخر ، ولم يكونوا قرابته وكانوا يحصون حتى يكون لكل معين منهم استحقاق فى الوقف ، كان النظر عليه للطبقات الثلاث المبينة بالمادة ٤٧ على الترتيب وإن كان الناظر منها أجنبياً أى ليس من المستحقين ، أما إذا لم توجد هذه الطبقات أصلاً أو وجدت وامتنعت عن قبول النظر حتى لم يبق للمادة المذكورة

حكم فى هذا الوقف وجب أن تطبق أحكام هذه المادة فلا يولى على هذا الوقف أجنبى عن المستحقين إذا كان فيهم من يصلح للنظر عليه ، وإذا كان عليه ناظر أجنبى وكان فيهم من يصلح للنظر قررت المحكمة إنهاء ولاية هذا الأجنبى . أما إذا كان هذا الوقف على جهة ، ومنه الوقف على من لا يحصون ، فإن الجهة إذا لم تكن من الآدميين لا تكون أهلا للنظر وممثلها ليس مستحقاً ولم يعتبره القانون فى هذا الباب كالمستحق ، وإذا كانت من أهل الاستحقاق كالفقراء ونحوهم من الآدميين الذين لا يحصون فلا يسمى أحد منهم مستحقاً كما ستعرف .

المستحق الصالح

٦٦٤ — والمستحق هو الموقوف عليه الذى جاءت نوبة استحقاقه الفعلى وكان استحقاقه متيقناً ولم يكن محل نزاع . فإذا كان الوقف على أشخاص بأعيانهم أو على الذرية أو على الفقراء من عتقائه وذريتهم وأتباعه وذريتهم وكانوا يحصون كان ثبوت وصف الاستحقاق لكل منهم متيقناً لأن لكل معين منهم استحقاقاً ثابتاً متى تحقق الوصف فيه وجاءت نوبة استحقاقه فإن الاستحقاق يجب أن يعمهم ، أما إذا كان الوقف على الفقراء أو نحوهم ممن لا يحصون فليس لواحد معين منهم استحقاق لأن الاستحقاق لا يجب أن يعمهم ، وإن كان ممكناً فى ذاته ، وكل ماله هو أنه أهل لأن يعطى من الغلة فإن أعطى منها كان مستحقاً لما أخذ وإن لم يعط لم يكن له حق يطالب به ، فلا يسمى كل منهم بخصوصه مستحقاً لأن الوقف فى الواقع على الجهة لا على كل فرد منها .

ومن كان وصف الاستحقاق متيقناً بالنسبة له على فرض أن الوصف الذى أنيط به الاستحقاق ثابت له ولكن كان فى ثبوت هذا الوصف له نزاع جدى فإنه لا يسمى مستحقاً أيضاً . فإذا كان هناك من يزعم الاستحقاق وهو صالح للنظر ولكن فى استحقاقه نزاع جدى لم يفصل فيه بحكم قضائى فإن وصف الاستحقاق لا يكون ثابتاً له فإذا لم يكن صالح سواه لا تطبق أحكام هذه المادة . هذا إذا كان النزاع فى أصل استحقاقه أما إذا كان النزاع فى قدره مع التسليم بأصله فإن ذلك لا ينفى عنه وصف كونه مستحقاً ولا يخل بتحقق هذا الوصف له النزاع فى قدره ، كما لا يخل به أيضاً ضآلة القدر الذى يستحقه المستحق

ولا نوعه، فصاحب المرتب الضئيل مستحق فى الوقف، وصاحب المرتب غير الدائم مستحق فى الوقف ، وصاحب الاستحقاق غير المعين مستحق فى الوقف ، على شريطة أن يكون استحقاقه متيقناً أما إذا كان استحقاقه غير متيقن كصاحب الفاضل الذى يحتمل أن يكون وألا يكون فإنه لا يسمى مستحقاً وما مثله إلا كمثل الفقير فى الوقف على الفقراء والمتنازع فى استحقاقه من الموقوف عليهم .

ولا بد أن يكون وصف الاستحقاق ثابتاً له حين الإقامة أما إذا كان ثابتاً له ثم انتهى قبل الإقامة فإنه لا يسمى مستحقاً حقيقة ، فالموقوف عليه الذى لم يثبت له الاستحقاق والموقوف عليه الذى انتهى استحقاقه سواء ، فكل منهما أجنبى وليس بمستحق .

وصلاحية المستحق للنظر هى أهليته له ، وهذا القانون لم يعرض لبيان هذه الأهلية ولا ما يجب توافره فى المرء ليكون أهلا للنظر ، فيكون مرد ذلك إلى الراجح من مذهب الحنفية .

انتهاء ولاية الناظر الأجنبي

٦٦٥ — والاعتبارات السابقة قد حملت الشارع على أن يعمل دائماً على جعل ولاية النظر على الوقف لمستحقيه ، ما كان ذلك ممكناً ، فكما حرص على أن يجعلها لهم كلما خلا الوقف واحتاج إلى إقامة ناظر عليه من المحكمة حرص أيضاً على ألا تستمر ولاية الأجنبي عليه إذا كان فيهم من يصلح للنظر . فإذا كان على الوقف ناظر غير مستحق أقيم عليه قبل العمل بالقانون حينما كانت إقامة الناظر من المستحقين غير واجبة ، أو أقيم عليه بعد العمل بالقانون لعدم وجود من يصلح أو لعدم قبول من يصلح ، أو لأن المحكمة خالفت هذا الحكم خطأ أو قصداً وجب أن تقرر المحكمة انتهاء ولاية نظر الأجنبى لوجود من يصلح . فليس من الشرط أن يكون وجود الأصلح طارئاً بعد الإقامة بل هو يتناول هذا و يتناول وجوده السابق عليها والمعاصر لها ، وليس فى قول الفقرة الأخيرة من هذه المادة « متى » ما يعين المعنى الأول ، أما العموم فيؤكده غرض الشارع ، وقد عرفت فيما مضى ما يتعلق بإقامة الأجنبى بعد القانون مع وجود من يصلح للنظر من المستحقين .

٦٦٦ — وولاية الأجنبى لا تنتهى بمجرد وجود من يصلح من المستحقين

للنظر بل يتوقف انتهاؤها على قرار المحكمة فما لم يوجد هذا القرار تبقى كما هى . ولا يؤثر فى هذا المعنى قول المذكرة التفسيرية « وإذا قضت الضرورة بتعيين أجنبى عن المستحقين كانت إقامته مؤقتة بقيام هذه الحال وإن لم ينص على ذلك فى قرار الإقامة » الذى كان يقتضى أن يقع الانتهاء لمجرد وجود هذا المستحق ، لأن القانون قد نص على أن الانتهاء يكون بقرار من المحكمة أى أنه مما يتوقف على القضاء ولا يتم إلا به وإن تحقق سببه ، كما أن المذكرة نفسها قد أكدت هذا المعنى بقولها عقب عبارتها السابقة « ومتى وجد فى مستحقيه من يصلح قررت محكمة التصرفات انتهاء ولاية هذا الأجنبى على الوقف » ، فالمحكمة لا تنهى الولاية حتى يكون عملها عزلاً وإخراجاً بل تقرر الانتهاء الذى يوجد بوجود سببه ولكن لا يتم إلا بالقضاء كالتفريق للأباء عن الإسلام ونظائره التى تتوقف على القضاء ولا تتم إلا به .

٦٦٧ — والشارع قد أناط الانتهاء بوجود سببه وبتقرير المحكمة غير متوقف على شىء آخر واعتبر إقامة الأجنبى مؤقتة تنتهى بانتهاء وقتها ، فلا مدخل فى ذلك لاختيار المستحقين ولا من لهم أكثر الاستحقاق ، وقد بينت وجه ذلك والسر فيه بياناً وافياً حين الكلام على عدم إقامة الأجنبى على أن الأمر هنا أكثر وضوحاً فليس هناك من يجهل سلطان النظار على المستحقين ولا ضغطهم عليهم بشتى الوسائل وتأثيرهم فى إرادتهم بمختلف الأساليب ، فإرادة المستحقين فى هذه الحال تكون فى أكثر الأحايين إرادة زائفة لا تحكى الواقع ولم تصدر إلا عن إكراه أو ما يشبهه ، فاختيارهم هنا أولى بالإهدار من اختيارهم الأجنبى للإقامة . هذا إلى أن النظر إلى الأطوار التى مر بها هذا الحكم يجعل هذا أمراً مقطوعاً به لا يحتمل جدلا ، لقد كان النص فى المشروع الأول « يجب على المحكمة أن تخرج ناظر الوقف غير المستحق فيه وتقيم غيره من المستحقين متى طلب ذلك أكثرهم نصيباً وكان فيهم من يصلح للنظر عليه » ولكن لجنة العدل بمجلس الشيوخ فى العرضة الأولى عدلت ذلك على الوجه الذى صدر به القانون ، فلم تجعله من باب العزل والإخراج بل جعلته من باب الانتهاء ، واستبعدت حكم توقف ذلك على طلب من لهم أكثر الاستحقاق ، وقد أحسنت فى ذلك كل الإحسان .

٦٦٨ — وإنهاء ولاية الأجنبى روعيت فيها مصلحة الوقف والمستحقين

ولكن المقصد الأول منها هو رعاية المستحقين لأن مفاسد النظار الأجانب تقع نتائجها عليهم مباشرة وقبل غيرهم ، فإذا سكتوا جميعاً ولم يرفعوا الأمر إلى المحكمة ولم يطالبه أحد منهم لا تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها وبدون طلب من أحدهم ، أما إذا طلب ذلك بعضهم ، وإن كان واحداً ، فقد انفتح الباب أمامها ووصل إليها مظهر من مظاهر الألم من هذه الولاية فتعمل على إنهائها وإن رغب الأكثرون فى استبقائها وليس من الشرط أن يكون الطالب صالحاً للنظر أو يطلب إقامة نفسه ، بل تسير المحكمة فى الطلب وإن كان الطالب غير صالح أو لا يطلب أن يكون هو الناظر ، إذ بطلبه يتحقق النفور من استمرار ولاية الأجنبى .

ومن البين أنه إذا كان الطالب غير صالح وكان المستحقون الصالحون لا يقبلون النظر لا تسير المحكمة فى هذا الطلب لعدم تحقق الشرط وهو وجود من يصلح من المستحقين ، فقد عرفنا من قبل أن وجود الصالح الذى لا يقبل النظر ليس وجوداً معتبراً وهو وعدمه سواء . على أن المحكمة لو سارت فى الطلب وقررت انتهاء الولاية بينما المستحقون الصالحون لا يقبلون كانت مضطرة إلى إعادة من قررت انتهاء ولايته أو إقامة أجنبى آخر لوجود حالة الضرورة فيكون عملها كله عبثاً فى عبث . وفى هذه الحال لا يبرر السير فى طلب تقرير انتهاء الولاية التى اعتبرها الشارع مؤقتة توجيه مطاعن إلى الناظر تقتضى عزله فإن محل ذلك يكون طلب العزل والإخراج الذى لا يتوقف على تحقق هذا الشرط لا طلب تقرير انتهاء الولاية الذى يتوقف عليه ، وقد وضح الفرق بين الأمرين تمام الوضوح .

٦٦٩ — وإذا تحقق الشرط وتقرر انتهاء الولاية أصبح الوقف شاغراً ووجب على المحكمة أن تشتغل بإقامة ناظر عليه من بين المستحقين وفى هذه الإقامة تتبع ما يجب عليها اتباعه من الأحكام التى تطبق فى إقامة الناظر على الوقف الشاغر من عدم التعدد ومراعاة اختيار من لهم أكثر الاستحقاق وغير ذلك ثم تقيم من يجب إقامته وإن كان غير الطالب .

ب — إختيار المستحقين

٦٧٠ — راعى الشارع أن الناظر له شبه بالوكيل عن المستحقين فإن من ولايته جمع الغلات والتقاضى من أجلها وحفظها وتوزيعها على مستحقيها فهو من

هذه الناحية يعتبر وكيلا ، لهذا رأى أن يكون لرأيهم المقام الأول فى اختيار الناظر فأوجب على المحكمة أن تعين من يختاره أكثر من لهم الاستحقاق إلا إذا رأت المصلحة فى غير ذلك .

والشارع لم يعطهم نظراً لهذا الاعتبار سوى اختيار الناظر عند الإقامة ، فلم يعطهم حق إقامته ، ولم يرع اختيارهم لا فى إقامة الأجنبي ، ولا فى تقرير انتهاء ولايته ، ولا فى التعدد ، ولا فى شيء غير ذلك ، وكون الشارع قد راعى هذا فى حكم من الأحكام لا يترتب عليه تحكم المستحقين والعمل برأى أكثريتهم فى الأحكام الأخرى التى لم يجعل الشارع فيها مدخلا لاختيارهم ، والاتجاه إلى هذه الوجهة ليس إلا تعطيلا لنصوص القانون بدون حجة . وقد بينت من قبل أن اختيارهم يجب أن يقع فى حدود القانون والأحكام الأخرى وإلا كان اختياراً مهدراً لما ينطوى عليه العمل به من تغيير المشروع ومحادة الأحكام . فإذا اختار من لهم أكثر الاستحقاق من ليس أهلا للنظر كان اختيارهم مهدراً ، وإذا اختاروا أكثر من ناظر وكان التعدد لا تبيحه المصلحة الراجحة كان اختيارهم مهدراً ، وإذا اختاروا أجنبياً أو اختاروا استمرار ولايته وكان فى المستحقين من يصلح ويقبل كان اختيارهم مهدراً .

٦٧١ — والمستحق هو صاحب الاستحقاق الفعلى حين الاختيار ، ويستوى فى ذلك كل مستحق مهما كان قدر استحقاقه ومهما كان نوعه على النحو الذى بينته من قبل لأن كل مستحق له شأن فى ذلك وله مصلحة يرعاها .

والذى يجب العمل به هو اختيار جميع المستحقين أو اختيار من لهم أكثر الاستحقاق فى ريع الوقف ، وينظر إلى مقدار استحقاقهم حين الإقامة . وإذا لم تتوافر الأكثرية إما لأن المستحقين كانوا فريقين تعادل استحقاقهم أو لانقسامهم إلى طوائف متعددة فلم تتوافر الأكثرية أو لأن من اختاروا هم الأقلية أما الأكثرية فلم يحصل منها اختيار أو لأن فى بعض الاستحقاق نزاعاً جدياً لا تتوافر معه الأكثرية لفريق ، فإن أحكام هذه الفقرة لا يمكن أن تطبق .

والعبرة بالأكثرية فى الاستحقاق ، أما الأكثرية العددية فلا عبرة بها . ويعتبر صاحب المرتب ، دائماً كان أو غير دائم ، مستحقاً بنسبة القدر المستحق له من المرتب المشروط له إلى ريع الوقف حين الاختيار طبقاً لأحكام المرتبات . وقد اقتصرت

هذه المادة على بيان مايتعلق بصاحب المرتب دون غيره من أصحاب المقادير التي لاتعتبر مرتباً فدل هذا على أنه لايريد أن يكون لأصحابها مدخل فى الاختيار الملزم ، وسر ذلك واضح فإن النسبة لاتتيسر معرفتها إلا بالنسبة للمرتب دون المقادير غير المعينة ، وصاحب المقدار المعين الذى لايتكرر ليس له شأن يذكر . والاختيار قد جعل لصاحب المرتب نفسه فلابد أن يكون من أهل الاختيار فإن لم يكن من أهل الاختيار لأنه عديم الأهلية قام فى ذلك ممثله من ولى أو وصى أوقيم ، ومثل عديم الأهلية ناقصها كما أرشدت إلى ذلك المذكرة التفسيرية فما جاء بها يدل على أن مراد الشارع من الأهلية الكاملة وعدم هذه يكون بانعدامها كلية أو بنقصها ، فالمحجور عليه للسفه ومن بلغ الحلم ولم يبلغ سن الرشد لااختيار له و إنما الاختيار لممثله ، و إذا كان من أهل الاختيار ولكن لاسبيل إلى اختياره كالأسير فى دار الحرب الذى يقطع بحياته قام فى ذلك وكيله أما الغائب المفقود فلا يمكن القول بأن له استحقاقاً إذ لايثبت له استحقاق مالم تتبين حاله ، فلا يسمى قبل ذلك مستحقاً فلا ينوب عنه فى الاختيار أحد ، و إذا كان صاحب المرتب جهة فلا يعتد باختيار ممثلها لأن القانون لم يقرر له ذلك كما قرره لممثل عدم الأهلية ، وهذا متسق مع ماسلكه الشارع فى القسمة من اعتبار ناظر الحصة الخيرية هو الممثل لها فى طلب القسمة دون ممثل الجهة الموقوف عليها .

٦٧٢ — وقد استثنى الشارع من وجوب العمل باختيار الأكثرية ما إذا تبينت المحكمة أن المصلحة فى العمل بغير اختيارهم . وقد قالت المذكرة التفسيرية أنه قد قصد بهذا الاستثناء منع تحكم الأقلية فى الأكثرية لمجرد أن الأقلية تستحق نصيباً أكبر من الباقين ، فقد يكون عدد المستحقين عشرة مثلا يستحق أحدهم ثلثى الوقف ويستحق الباقون الثلث ولكن بينه و بينهم من العداوة والنزاع ما يخشى من نتائجه فى إدارة الوقف و إرهاق المستحقين ، فليس له أن يفرض نفسه عليهم فى مثل هذه الحال ولا أن يفرض من يختاره بل وكل إلى القاضى تقدير ذلك وهو أقدر على تعرف المصلحة . و إهدار رأى من لهم أكثر الاستحقاق فى مثل هذه الحال ليس معناه إقامة ممثل لكل فريق لأن ذلك لايعالج هذا الموقف بل معناه العمل برأى الأقلية ، فأحكام هذه الفقرة أصلاً واستثناء دليل واضح على أن الشارع لا يبالى بتمثيل أصحاب الحصص ، بل فى نهيه عن التعدد ماأسلفنا من أنه يحارب هذا التمثيل .

٦٧٣ — وأحكام هذه المادة تطبق على جميع الأوقاف ، سابقها ولاحقها كما أن عموم نص المادة ٥٦ يقضى بتطبيقها على الحوادث السابقة والحوادث اللاحقة ، غير أن طبيعة هـذه الأحكام لا تجعل للقول بتطبيقها على الحوادث السابقة قيمة عملية . وهى لا تطبق على الأوقاف المبينة بالمادة ٦١ .

وقد طرأ على هذه الأحكام تعديل جوهرى فى المراحل التى مر بها القانون ويكفى فى معرفة هذا مقارنة النصوص (١) .

٧ — محاسبة الناظر ومسئوليته

مادة ٥٠ — يعتبر الناظر أميناً على مال الوقف ووكيلا عن المستحقين . ولا يقبل قوله فى الصرف على شئون الوقف أو على المستحقين إلا بسند ، عدا ما جرى العرف على عدم أخذ سند به .

والناظر مسئول عما ينشأ عن تقصيره الجسيم نحو أعيان الوقف وغلاته . وهو مسئول أيضاً عما ينشأ عن تقصيره اليسير إذا كان له أجر على النظر .

مادة ٥١ — إذا كلف الناظر أثناء نظر تصرف أو دعوى بتقديم

---

(١) نص المشروع الأول هو : « يجب على المحكمة أن تخرج ناظر الوقف غير المستحق » « فيه وتقيم غيره من المستحقين متى طلب ذلك أكثرهم نصيباً وكان فيهم من يصلح للنظر عليه »
« ويجوز للمحكمة فى غير هذه الحالة أن تخرج الناظر غير المستحق وتقيم غيره متى رأت »
« المصلحة فى ذلك . »
والنص الذى أقره مجلس الشيوخ أولا هو :
« لا يولى أجنبى على الوقف إذا كان فى المستحقين من يصلح للنظر عليه . »
« وإذا اتفق من لهم أكثر الاستحقاق على اختيار ناظراً معين أقامه القاضى إلا إذا رأى »
« المصلحة فى غير ذلك »
« ويعتبر صاحب المرتب كمستحق بنسبة مرتبه لريع الوقف . »
« ويقوم ممثل عديم الأهلية أو الغائب مقامه فى الاختيار . »
« ويحكم بانتهاء ولاية الناظر الأجنبى متى وجد من المستحقين من يصلح لها . »
أما لجنة التنقيح فإنها لم تعدل هذا النص إلا فى الفقرة الأخيرة فاستبدلت بعبارة « ويحكم » عبارة « وتقرر هيئة التصرفات » .
وقد صدر القانون بصياغة لجنة التنقيح .

حساب عن الوقف المشمول بنظره ولم يقدمه مؤيداً بالمستندات فى الميعاد الذى حددته له المحكمة أو لم ينفذ ما كلفته به مما يتعلق بالحساب جاز لها أن تحكم عليه بغرامة لا تزيد على خمسين جنيهاً ، فإذا تكرر الامتناع جاز لها زيادة الغرامة إلى مائة جنيه .

ويجوز للمحكمة أن تمنح باقى الخصوم فى التصرف أو الدعوى هذه الغرامة أو جزءاً منها .

ويجوز كذلك حرمان الناظر من أجر النظر كله أو بعضه .

فإذا قدم الناظر الحساب أو نفذ ما أمر به وأبدى عذراً مقبولا عن التأخير جاز للمحكمة أن تعفيه من كل أو بعض الغرامة أو من الحرمان من كل أو بعض أجر النظر .

مادة ٥٢ – يجوز للمحكمة فى أى درجة من درجات التقاضى أثناء النظر فى أى تصرف أو دعوى متعلقة بالوقف أن تحيل الناظر على محكمة التصرفات الابتدائية إذا رأت ما يدعو للنظر فى عزله .

مادة ٥٣ – لمحكمة التصرفات عند إحالة الناظر عليها أو أثناء النظر فى موضوع العزل – بعد تمكين الناظر من إبداء دفاعه – أن تقيم على الوقف ناظراً مؤقتاً يقوم بإدارته إلى أن يفصل فى أمر العزل نهائياً .

ا – مسئولية الناظر

٦٧٤ – كانت لجنة الأحوال الشخصية قد وضعت فى هذا الباب أحكاماً تنظم محاسبة النظار محاسبة دورية فكان هذا العنوان مصادفاً إذ ذاك محله وواقعاً موقعه ، ولكن هذه الأحكام لقيت من المقاومة والعقبات ما لقيت ، وكانت هذه المقاومة تستند إلى تعللات ومعاذير ليس من بينها السبب الحقيقى ، ثم لم يطل عمر

هذه الأحكام فوئدت فى مهدها واستبعدت أثناء نظر اللجنة التشريعية للمشروع فصار الشطر الأول من هـذا العنوان لا موقع له ، إذ كل هذه الأحكام تدور حول المسئولية والعقوبة وحدها حتى فيما يتعلق بالحساب .

وقد اشتمل هذا الباب على أحكام تتعلق بالمسئولية الجنائية ، وأخرى تتعلق بالمسئولية المدنية ، وثالثة تتعلق بأنواع من العقوبات . وأكثر الأحكام الخاصة بالمسئولية تدور على وصف الناظر ونوع وكالته .

نوع وكالة الناظر

٦٧٥ — الأعمال التى يملكها ناظر الوقف ويباشرها بمقتضى ماله من الولاية عليه أعمال لها نواح متعددة ، فهو من ناحية أنه يعمل لتنفيذ شروط الواقف التى اشترطها فى وقفه وللمحافظة على بقاء وقفه واستمراره صلة أو صدقة جارية طبق إرادته يعتبر عاملا للواقف حتى وإن لم يعتبر نائباً عنه ولا مستمداً ولايته منه ، ومن ناحية أنه يعمل على حفظ أعيان الوقف وأنه هو الذى يمثله ويخاصم فيما يدعى لجهة الوقف وما يدعى عليها يعتبر عاملا للوقف نفسه ونائباً عنه بوصف كونه جهة مستقلة لها كيانها الخاص ، ومن ناحية أنه يقوم باستثمار أعيان الوقف وجمع غلاته والمحافظة عليها وتوزيعها على مستحقيها طبقاً لما يستحقون يعتبر عاملا للمستحقين فإن الغلات حق لهم وبمجرد ظهورها تكون مملوكة لهم حتى قبل استيفائها فإذا استوفاها فهو إنما يستوفى مالهم الذى يكون أمانة فى يده لهم . فأعمال ناظر الوقف بحسب طبيعتها ليست ذات جانب واحد وفيها مزيج من الاعتبارات يضفى عليها صبغة خاصة وتلتقى فيه مصالح الواقف والوقف والمستحقين .

هذه هى طبيعة أعمال ناظر الوقف التى لا مرية فيها ولم تكن ولا يمكن أن تكون موضع جدل بين الفقهاء ، فهو عامل للجوانب الثلاثة بلا نزاع ، غير أن الفقهاء قد اختلفوا فى صلة الناظر بالواقف وبالولاية على وقفه . فمنهم من ذهب إلى أن الوقف لا يشترط فيه القبض وإلى أن ولاية الواقف على وقفه ولاية طبيعية كولاء النعمة وولاية الأب والجد على الصغير ، فهى ثابتة له شرطها أو لم يشرطها أو نفاها ، وبنى على هذا أنه له ولاية نصب القوام وعزلهم كذلك ، فالناظر فوق أنه يعمل فيما يعمل لصالح الواقف يستمد منه ولايته وينوب عنه فى هذه الولاية ،

وقد غَلَبَ هذا الجانب فى نظره فكان الناظر عنده وكيلا عن الواقف فى حياته ووصياً له بعد موته وإن كانت لعمله جوانب أخرى . ومنهم من اشترط القبض ولم يجعل للواقف ولاية على وقفه أصلا حتى أنهم ذهبوا إلى أن الواقف لو شرط النظر لنفسه على وقفه بطل الوقف فى بعض الأحوال وقالوا أنه يجبر على جعل النظر لغيره ، غير أنهم فَصَلُوا بين ولاية الواقف على الوقف وبين ولايته فى إقامة النظار عليه وقالوا إنه إذا أقام ناظراً فعزل أو مات والواقف حىّ فهو الذى يولى عليه كما قالوا إن له أن يجعل للناظر حق الإيصاء بالنظر لغيره ولم يقيدوا حقه فى هذا بالاشتراط فى عقدة الوقف . ومنهم من اشترط القبض ولم يجعل للواقف حقاً فى الولاية على الوقف ولا فى نصب القوام وعزلهم إلا أن يكون اشترط ذلك فى عقدة الوقف . وهذان الفريقان قد ضعف فى نظرهم جانب الواقف وجانب الوقف وغلب عندهم الجانب العملى وهو جانب المستحقين فقالوا إن الناظر وكيل عن الموقوف عليهم ، وهم لايقولون إنه وكيل عنهم من كل وجه بل يقولون أن له شبهاً قوياً بالوكيل ، ولو أنهم جعلوه وكيلا عنهم من كل وجه لكان لهم نصب القوام وعزلهم وذلك ما لم يجعله أحد لهم .

هذا فى منصوب الواقف ، أما منصوب القاضى فقد قالوا أنه وكيل عنه لأنه هو الذى ولاه ، ومع هذا فهو ليس فى نظرهم وكيلا محضاً بل له شبه قوى بالوكيل ولهذا قالوا إن ولايته خاصة ومقدمة على ولاية القاضى الذى ولاه لأن ولايته عامة ولذلك لايملك القاضى التصرف فى الوقف مع وجود الناظر الذى ولاه ، فلو كان وكيلا عنه وكالة تامة لما منعه وجوده من التصرف . على أن فى أصل وكالته عن القاضى نظراً قوياً فهو ، وإن كان يملك التصرف ، لم يملك إقامة الناظر عند الفريقين الأولين إلا نيابة عن الواقف الميت لأنه لايستطيع النظر لنفسه ، أونيابة عن الموقوف عليهم فى نظر الفريق الثالث لأن من وظيفته النظر لهم ، وأياً ما كانت الحال فإن الفريق الثالث قد غلب الناحية العملية أيضاً واعتبره وكيلا عن الموقوف عليهم .

والشارع قد اختار اعتبار الناظر وكيلا عن المستحقين ، لكن لا باطراد ولا بالنظر لجميع الأحكام والأحوال ، بل ليرتب على ذلك مسئوليته جنائياً ومدنياً فحسب .

مسئولية الناظر الجنائية

٦٧٦ — والمادة ٣٤١ من قانون العقوبات المصرى قد نصت على جريمتى

الاختلاس والتبديد للأشياء المبينة بها إذا كانت لم تسلم إلى من اختلسها أو بددها إلا على وجه الوديعة أو الإجارة، أو على سبيل عارية الاستعمال أو الرهن، أو كانت سلمت له بصفة كونه وكيلا بأجرة أو مجاناً بقصد عرضها للبيع، أو بيعها، أو استعمالها فى أمر معين لمنفعة المالك أو غيره.

وقد اختلفت المحاكم المصرية فيما إذا اختلس ناظر الوقف أو بدد أموال الوقف التى فى يده أو شيئاً منها. فذهب بعضها إلى أن هذه الجريمة ليست متوافرة العناصر لأن ناظر الوقف لم يتسلم أمواله بمقتضى عقد من العقود المبينة فى هذه المادة. وهذا رأى سديد من الناحية القانونية، فإن الحوادث التى عالجتها كانت تتعلق بنظار أوقاف مات واقفوها، والتشريع الذى كان قائماً لا يعتبرهم وكلاء وإنما هم فى نظره أوصياء من قبل الواقف أو من قبل القاضى أى لهم شبه قوى بالأوصياء وإن لم يكونوا أوصياء من كل وجه والوصى لا تتناوله أحكام المادة. وذهب بعض آخر إلى توافر أركان الجريمة لأن الناظر إما أن يكون نائباً عن الواقف أو يكون نائباً عن القاضى وقد تسلم الأموال بمقتضى هذه الإنابة التى تعتبر من الوكالة. وهذا رأى غير سديد من الناحية الفقهية فإن الفقهاء يفرقون بين النيابة والوكالة وبين الوكيل والوصى فرقاً بيناً لا لبس فيه، وتكييف الوصف لا يخضع إلا للقانون الذى يقرره وللأحكام التى أثبتته لا لأحكام أخرى، غير أن هذا الوضع لا يتفق مع المصلحة والعدالة. وقد أراد الشارع هنا أن يحقق العدالة على وجهها الأكمل وأن يصون مصالح الوقف والمستحقين وأن يعمل على رفع هذا الخلاف ويبتعد بالقضاء عن التأويلات التعسفية حينما يريد إقرار العدالة، فنص على أن الناظر يعتبر وكيلا عن المستحقين فإذا اختلس أو بدد مال الوقف عومل معاملة الوكيل الذى يبدد مال موكله من الناحية الجنائية. وليست هذه الوكالة الاعتبارية قاصرة على الغلات التى هى حق المستحقين بل تتناول أيضاً الأموال الموقوفة وما يتبعها فإنها مصدر حقهم، فتأخذ حكمه، على أن معنى الوكالة فى هذه الأموال إذا كان الواقف ميتاً قد أصبح قوياً ومتسقاً مع الأساس الذى يجرى عليه قانون الوقف وهو اعتبار الموقوف ملكاً للموقوف عليه وإن كانت ملكيته له ملكية ناقصة.

٦٧٧ — والناظر هنا شامل لكل من تكون له ولاية النظر على الوقف

واقفاً كان أو منصوباً به فى حياته أو بعد موته أو منصوب القاضى ، فكل هؤلاء يحاسبون جنائياً ومدنياً بمقتضى هذا الاعتبار . ولا يمنع من هذا ، بالنسبة إلى الواقف ، أنه هو المالك للأعيان الموقوفة وأن له حق الرجوع والتغيير ، فإن ملكيته ناقصة لأعيان هى مصدر حق المستحقين ، والوقف لازم بالنسبة له فيما عدا هذين الحقين ، فما لم يرجع أو يغير رجوعاً وتغييراً صحيحين فإن الغلة تكون حق المستحقين ويجب صرفها لمصارفها ، وهى أمانة فى يده فاستوى هو وغيره فى المسئولية الجنائية والمدنية ، ورجوعه أو تغييره بعد الذى كان منه لا يعفيه من المسئولية إذ ليس لذلك أثر رجعى . وإذا كان هذا شأن الواقف فهو فى منصوبه أوضح وإن كان وكيلا عنه نظراً إلى الجوانب الأخرى .

٦٧٨ — والشارع قد جمع بين اعتبار الناظر أميناً على الوقف ، واعتباره وكيلا عن المستحقين ، وذكره للأمر الأول نافلة لم تدع إليها حاجة ، ولا يترتب عليها حكم من الأحكام التى قررها . فلا خلاف بين الفقهاء فى كون الناظر أميناً مهما كان وصفه ، وهو أمين حقيقة لا اعتباراً ، وهذا الوصف لا مدخل له فيما قرره القانون من المسئولية الجنائية ، ووصف الوكالة هو وحده الذى له مدخل فى ذلك ، وإذا كان الباب العاشر من قانون العقوبات الذى اشتمل على المادة ٥٢١ قد عقد لبيان جرائم وعقوبات « النصب وخيانة الأمانة » فإنه لم يبين جرائم تختص بخيانة الأمانة على وجه العموم ولم يورد سوى جرائم خاصة ليس من بينها ما ينطبق على ناظر الوقف إن لم يعتبر وكيلا وإن كان أميناً . وهذا الوصف لا مدخل له أيضاً فيما قرره القانون من المسئولية المدنية . فلو أن القانون أغفل هذا واكتفى باعتباره وكيلا لكان خيراً .

مسئولية الناظر المدنية المترتبة على الوكالة

٦٧٩ — وكما رتب الشارع على اعتبار الناظر وكيلا عن المستحقين مسئوليته الجنائية رتب عليه أيضاً مسئوليته مدنياً وتضمينه لما ينشأ عن تقصيره نحو أعيان الوقف وغلاته ، وقد فرق فى هذا بين الناظر الذى يكون له أجر فأخذ بتضمينه لأى تقصير وإن كان يسيراً ، وبين الناظر الذى لا أجر له فإنه لا يضمن إلا إذا كان تقصيره جسيما . وقد أخذ هذا من حكم الوكالة فى القانون المدنى القديم ، فان

المادة ٥٢١ منه تنص على أن الوكيل مسئول عن تقصيره الجسيم وعن عدم وفائه بالتوكيل باختياره وعلى أنه مسئول أيضاً عن تقصيره اليسير إذا كان له أجرة متفق عليها .

٦٨٠ — وتقصير الوكيل هو عدم بذله القدر الواجب من العناية ، ويصدق هذا على عدم بذله شيئاً من العناية أصلا ، كما يصدق على بذله قدراً من العناية لكنه لا يصل إلى المقدار الواجب منها . والقدر الواجب لا يرجع فيه إلى أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية بل يرجع فيه إلى مصدر هذا الحكم الذى أخذ عنه وهو التشريع المدنى المصرى . والقانون المدني القديم لم يكن فيه معيار لهذا القدر ولكن القانون المدنى الجديد قد بين هذا المعيار [1] . والفرق بين التقصير الجسيم والتقصير اليسير متروك للعرف ولتقدير المحكمة .

ويكون الناظر مقصراً إذا أهمل فى حفظ أعيان الوقف حتى هلكت أو ضاعت أو سقط الحق فى المطالبة فيها ، ويكون مقصراً إذا تصرف تصرفاً ضاراً كان يمكنه التحرز عنه لو أنه بذل القدر الواجب من العناية ، ويكون مقصراً إذا لم يبذل القدر الواجب من العناية حتى ترتب على ذلك ضياع شىء من غلات الوقف أو هلاكها أو سقوط الحق فى المطالبة ، ومن التقصير أيضاً موت

(١) نص المادة ٧٠٤ منه هو « إذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة ، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد — فإذا كانت بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائماً فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد » وقالت المذكرة الإيضاحية عن ذلك « ويجب أن يبذل الوكيل فى تنفيذ الوكالة القدر الواجب من العناية . وقد حدد المشرع هذا القدر مطبقاً فى ذلك المادة ٢٨٨ (صارت ٢١١ من القانون) من المشروع ، وقد سبق أن طبقت على العقود المسماة الأخرى كالإيجار والعارية والوديعة . فالوكيل إذا كان مأجوراً تطلب منه عناية الرجل المعتاد . أما إذا كان غير مأجور فلا يطلب منه أن يبذل من العناية إلا ما يبذله فى أعماله الخاصة دون أن يجاوز عناية الرجل المعتاد . وهذه هى المعايير التى تتمشى مع التطور الحديث للمسؤليات التعاقدية » . (القسم الثالث / ٥٧١) . وقالت فيما قالته عن المادة المذكورة « والأصل فى هذه العناية أن تكون مماثلة لما يبذله الشخص المعتاد ، فهى بهذه المثابة ، وسط بين المراتب ، يناط بالمألوف فى عناية سواد الناس بشئونهم الخاصة . وعلى هذا النحو يكون معيار التقدير معياراً عاماً مجرداً ، فليس يطلب من المدين إلا التزام درجة وسطى من العناية ، أياً كان مبلغ تشدده ، أو اعتداله ، أو تساهله ، فى العناية بشئون نفسه » (القسم الثانى / ٢٩٦) . وهذا المعيار قريب من معيار فقهائنا . ولم يفرق القانون بين التقصير الجسيم والتقصير اليسير ، وهو فى ذلك يتفق مع مسلك فقهائنا .

الناظر مجهلاً لأعيان الوقف أو مجهلاً لغلاته ، طالبه بها المستحقون أم لم يطالبوه[1]

والقانون قد عرض لحكم الضمان بالتقصير لأنه أراد الخروج عن مذهب الحنفية فى بعض صوره ، ولم يعرض لحكم ضمان الناظر بالتعدى لأن أحكام هذا المذهب فيه كافية ووافية[2] ، ولم تكن محل شكوى حتى تكون فى مثل هذا القانون العاجل .

٦٨١ — وهذا القانون لم يعرض من هذه الناحية إلا للعلاقة بين الناظر و بين أعيان الوقف وغلاته ، ولم يذكر شيئاً عما ينشأ عن تقصيره بوصف كونه ناظراً نحو غيرها . والذى يفصل فى النزاع الذى يقوم حول شىء من ذلك هو القانون الذى تطبقه المحكمة التى تفصل فى هذا النزاع ، فإذا فرض أن جهة الوقف ألزمت بشىء من ذلك كان الناظر مسئولاً عنه لأن ما ينشأ عن تقصير الناظر نحو الأعيان والغلات قد يكون مباشراً وقد يكون بالواسطة ، ولهذا اختار الشارع التعبير بكلمة « نحو » لأنها أدخل من غيرها فى الدلالة على هذا المعنى الواسع . فإذا قصر الناظر فى العناية بأعيان الوقف حتى أصاب ضررها أعياناً للغير مجاورة لها ، أو قصر فى إجراء عمل لمصلحة الوقف حتى نشأ عنه ضرر للغير ،

---

(١) معنى موت الأمين مجهلا ألا يبين حال الأمانة ولا تعرف بعينها بعد موته ، والأصل أن الأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل . وقد ذكر الفقهاء أن الناظر يضمن إذا مات مجهلا لعين الوقف أو مال البدل ، وذكر سعدى أن المشهور عند قضاة زمانه أن الدراهم الموقوفة لا تضمن بالموت عن تجهيل وقال أن المفتى أبا السعود ذهب إلى الضمان. واستثنوا من الأصل السابق مسائل منها الناظر إذا مات مجهلا غلات الوقف ، وقد نقل هذا فى أكثر كتب الحنفية المعتمدة وقال الطرسوسى ينبغى تقييده بما إذا لم يطلبها منه المستحقون وأخرها وإلا كان غاصباً وضمن ، وتقييده أيضاً بأن يكون محموداً بين الناس فإن لم يكن كذلك ومضى زمان ولم يفرقها ولم يمنعه من ذلك مانع شرعى ضمن . وقال بعضهم إن مات فجأة لا يضمن وإن مات بمرض ونحوه يضمن . وقال البيرى عدم ضمان الغلة بالموت عن تجهيل خاص بوقف المسجد أما إذا كانت الغلة مستحقة لقوم بالشرط يضمن مطلقاً وأورد ابن عابدين ما يؤيده .

وقال الحنفية إذا قصر المتولى فى عين ضمنها وإن قصر فى مال فى الذمة لا يضمن (الأشباه حـ ٢ / ٦٧ ، البحر حـ ٥ / ٦٢ ، الأنقروية حـ ١ / ٢٨٨)

(٢) نصوا على أنه يكون متعدياً ضامناً بالاستهلاك ، وبالإبراء من مال الوقف عند من يصحح إبراءه ، وبالصرف إلى غير المستحقين ومنه الصرف للموقوف عليهم عند الحاجة إلى التعمير الذى لابد منه ، وبإقراض مال الوقف أن لم يكن ذلك أحرز له ، وبمخالفته شرط الواقف، وبتصرفه تصرفاً لا يملكه ، واختلفوا فى خلطه مال الوقف بماله وخلط مالين لوقفين . ومسائل التعدى كثيرة ولا يعرف أن أحداً قال بعدم ضمانه إذا اعتبر متعدياً .

أو تعاقد عن الوقف وأهمل فى التنفيذ أو لم يستطعه بسبب تقصيره ، وألزمت جهة الوقف بتعويض مانشأ عن ذلك كان هذا الناظر مسئولاً عن ذلك كان هذا الناظر مسئولاً عن ذلك شخصياً وترجع عليه جهة الوقف بما لزمها من ذلك .

وإذا كان للناظر وكيل وكان التقصير منه كان الناظر مسئولا عن ذلك لأنه محاسب على أعمال وكيله وتعتبر صادرة منه . وأحد الناظرين مسئول عن تقصير شريكه كما هو واضح .

٦٨١ — والناظر يكون له أجر متى كان مستحقاً لهذا الأجر ، استوفاه أو لم يستوفه ، كان مشروطاً له من الواقف أو غير مشروط ، وإذا كان مشروطاً يستوى أن يكون أجر المثل أو أقل منه أو أكثر . أما إذا شرط له الواقف أجراً وتنازل عنه لم يكن له أجر . وإذا تنازل عنه فى مدة معينة لم يكن له أجر فى هذه المدة فيعامل فيما ينشأ عن التقصير أثناءها معاملة الناظر الذى لا أجر له ، وإذا لم يشرط له أجر وصرح بأنه يعمل مجاناً لم يكن له أجر ما بقى على هذا الرأى ، وإذا لم يصرح بذلك ولم يقدر له أجر ودلت القرائن على أنه يعمل مجاناً كان فى هذه الفترة لا أجر له ، وإذا اعتبر أنه مستحق للأجر [1] كان له أجر ويعامل فى شأن ما ينشأ عن التقصير معاملة الناظر المأجور :

مدى اعتبار الناظر وكيلا :

٦٨٢ — والقانون لم يعتبر الناظر وكيلا عن المستحقين من كل الوجوه ولا فى جميع الأحوال ، وإنما اعتبر وكيلا عنهم فى المحافظة على حقهم ، وهو الغلة ، وفى العناية بمصدر هذا الحق ، وهو الأعيان . وهو اعتبار خاص بما يتعلق بالمسئوليتين الجنائية والمدنية لا غير ، وهو اعتبار قد أملته الضرورة القصوى وأخذ به من أجلها مع أنه غير متسق مع بقية الأحكام التى لا تزال قائمة ويجب العمل بها ، فهو أمر استثنائى محض وفى حدود ضيقة جداً . ووضع المادة وسياقها وامتحان

(١) اختلفت عبارات فقهاء الحنفية فى أجر الناظر الذى لم يشرط له الواقف أجراً ، فقد جاء فى بعضها أن القاضى لو نصب قيما ولم يعين له أجراً فسعى فيه سنة فلا شىء له ، وجاء فى بعض آخر أن القيم يستحق أجر مثل سعيه سواء أعين له القاضى أم أهل المحلة أجراً أم لا لأنه لا يقبل القوامة ظاهراً إلا بأجر والمعهود كالمشروط ، وقد وفق الخير الرملى بين عباراتهم بأنه لا يستحق إذا لم يكن معهوداً أنه يعمل بأجر ويستحق إذا كان من المعهود أنه يعمل بالأجر ، وهو توفيق وجيه جداً وتجرى عليه العمل بالمحاكم الشرعية .

فى هذا كل الوضوح ، وهو أمر يؤيده ما جاء بالمذكرة التفسيرية ، فقد أشارت إلى أنه لا خلاف فى أن الناظر أمين ، كما أشارت إلى اختلاف الفقهاء فى شأن وكالته ، وإلى أن المشروع اختار التصريح بأنه وكيل عن المستحقين ، ثم أنها لم ترتب على هذا أكثر مما يرتبط بالمسئوليتين الجنائية والمدنية . وكذلك صنع تقرير لجنة العدل فى المرة الأولى ، فقد قال إن الشارع إنما أراد بهذه المادة أن يضع حداً لتصرفات النظار التى عمت منها الشكوى واستباحوا لأنفسهم الاعتداء على أموال المستحقين والنكاية بهم تحت ستار أنهم أمناء فحسب لا يحاسبون على أموال الوقف إذا ضاعت ولا يجازون على تصرفهم الضار بالمستحقين ، وإنه أريد من هذه الأحكام إشعارهم بالمسئولية الملقاة على عاتقهم نتيجة تقصيرهم وتبديدهم أموال الوقف . ومتى كان هذا الاعتبار استثناء محضاً وفى أضيق الحدود فإنه لا يخل بما للواقف من حق نصب القوام وعزلهم متى أراد وبدون توقف على سبب يدعو إلى إخراج مَنْ أقامه ، كما أنه لا يسلبه حق الولاية على الوقف نفسه ، وليس للمستحقين أن يعزلوا ناظراً ولا أن يولوا آخر كما أنه لا حق لهم فى الولاية على الوقف ، وليس لهم أن يختاروا من لا يصلح للنظر ، ولا أجنبياً إذا كان فيهم من يصلح ، ولا أن يطالبوا ببقاء الأجنبى فى هذه الحال ، وليس لهم أن يطلبوا تعدد النظار إن لم تكن ضرورة ، وإذا كانت المذكرة التفسيرية أثناء الكلام على إقامة من يختاره أكثر من لهم الاستحقاق قد أشارت إلى مسألة الوكالة فإن هذا ليس من شأنه أن يغير الوضع الحقيقى لهذا الاعتبار ، على أن هذا ليس كل ما اعتمدت عليه فى العمل باختيار هؤلاء والأساس الحقيقى له هو ما أشارت إليه المذكرة من أنهم أصحاب الشأن الحقيقيين فيجب أن يكون لرأيهم المقام الأول عند الاختيار . فمن الواجب ألا يعطى لهذا الاعتبار أكثر مما أراد الشارع ولا أن تتخطى به الحدود التى رسمها ، وربما كان من أغرب أنواع هذا التجاوز أن يستأنف الناظر ما صدر من القرارات الصادرة فى طلبات المستحقين فى القسمة بحجة أنه وكيل عنهم بنص القانون .

مسئولية مدنية أخرى :

٦٨٣ — من القواعد المقررة عند الحنفية أن كل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها يقبل قوله إلا فى مسائل معدودة . وبنوا على هذا أن ناظر الوقف

إذا ادعى الإنفاق على الأعيان الموقوفة من الريع وكان الظاهر لا يكذبه قبل قوله وأنه إذا ادعى الصرف إلى المستحقين وأنكروا قبل قوله ، ويستوى فى هذا أن تكون دعواه فى حياة المستحق أو بعد موته ، وقالوا أنه يكتفى منه بالإجمال بغير يمين إذا كان معروفاً بالأمانة وإلا أجبره القاضى على التفسير . وقد اختلفوا فى تحليفه فقال بعضهم لا يقبل قوله المجرد ولا بد من اليمين وقال بعضهم يقبل قوله بلا يمين ، وذكر بعضهم التحليف فى المتهم ، ونُقِلَ أن بعض الفقهاء اعتمد عدم التحليف ، وأياً ما كان أمر التحليف فإن أحداً منهم لم يقل أنه عند الإنكار مطالب بإقامة الدليل ، واستنبط بعض المتأخرين قبول قوله بعد عزله من النظر أخذاً مما قيل فى الوكالة . وقد فرق أبو السعود بين قبول قوله فى الدفع إلى من عينهم الواقف كأولاده وذريته وبين من يعتبرون أجَرَاء كالإمام وسائر أرباب الوظائف وقال إن هؤلاء لا يقبل قوله فى الدفع إليهم وما مثلهم إلا كمثل شخص استؤجر للعمل فى الوقف بأجرة معلومة لا يقبل قول الناظر فى الدفع إليه . هذه هى أحكام مذهب الحنفية وقد عدل الشارع عنها عدولاً تاماً وقرر أن الناظر لا يقبل قوله فى الصرف على شئون الوقف أو فى الدفع إلى المستحقين إلا بسند كتابى . ولم يكن هذا منه مبيناً على اعتباره وكيلا كما هو واضح ، ولكنه سلك فى هذا ما اتبع من قبل فى الدعاوى التى تحتاج إلى مسوغ لسماعها كدعوى الزوجية والوصية والوقف والإقرار ، فإذا لم يكن فى يد الناظر سند كتابى لا تسمع دعواه الصرف على الوقف أو الدفع إلى المستحقين ، ومتى كانت دعواه غير مسموعة فإنه لا يحاسب على ما يدعى أنه أنفقه ، ومن الطبيعى أن هذا لا يكون إلا حيث يكون المستحقون منكرين وصول حقهم لا مقرين ، أما إقرارهم بالصرف على الوقف فإنه لا يبرر احتساب ما يدعيه إلا إذا كان حقاً لهم لو لم يصرف على جهة الوقف . وقد أطلق السند فى المادة وهو فى العرف المدنى لا يكون إلا كتابياً وقد اكتفى بالإشارة إلى ذلك فى المذكرة التفسيرية . وقد استثنى من هذا الحكم ما جرى العرف على عدم أخذ سند به ، كالصدقات التى يدفعها الناظر إلى الفقراء عند القبر أو للمترددين على بيت الواقف ، وكالنفقات التى تنفق على دار الضيافة ، وكأثمان ما يشترى من الخوص والريحان ليوضع على القبور ، فهذه وأشباهها

قد جرى العرف فيها على عدم أخذ كتابة بها ممن وصلت إليه فيكتفى فيها بقول الناظر . وقد نص على قبول قوله فيها نصاً مطلقاً فيكون القول قوله بغير يمين .

ولم يعرض الشارع إلا لعدم قبول قول الناظر فى الصرف دون غيره ، فلو ادعى هلاك عين الوقف أو الغلة بدون تعدٍ لا يطبق هذا الحكم على دعواه و يطبق عليها مذهب الحنفية و يعامل فى ذلك معاملة الأمناء فيكون القول قوله ولا يحتاج إلى إقامة بينة مادام معتبراً أميناً . أما إذا انقلب متعدياً فلابد من إقامة البينة ، فلو قبض الغلة وطلب المستحقون منه حقهم فمنعه بغير عذر كان متعدياً فلا يقبل قوله فى الهلاك و إذا مات بعد ذلك مجهلا كان ضامناً لما ذكر هنا لا لمجرد التقصير بالموت عن تجهيل .

ب — عقوبة الناظر

٦٨٤ — بينت فيما مضى مايتعلق بمسئولية الناظر جنائياً ومدنياً وكل منهما لايخل بما يجب أن يؤاخذ به فيما وراء هذا . والمحاكم الشرعية لم يكن لديها عقوبات للنظار بالمعنى الصحيح وكانت إذا اشتكى إليها من تصرفات الناظر وطلب منها عزله فصلت فى هذا الطلب إما برفضه وإما بعزله أو ضم ثقة إليه يشترك معه أو ينفرد بالتصرف دونه ، وقد أصبح من الممكن أن ينتهى هذا الطلب بإذن أكثرية النظار بالتصرف فيما يختلفون فيه أو بقسمة أعيان الوقف بينهم قسمة نظر ، كما أن لها أن تقيم أثناء نظر مادة العزل أو غيرها ناظراً مؤقتاً إذا كانت تصرفات الناظر تدعو إلى ذلك . وكل هذه التصرفات ليس المقصد الأول منها سوى مصلحة الوقف ومستحقيه ولكنها مع ذلك فيها معنى العقوبة لما تشتمل عليه من سلب ولايته أو الحد منها مؤاخذة له على ماارتكبه . وقد تسلب ولاية الناظر على الوقف طبقاً للمادة ١٥ ، والفقرة الثانية من المادة ٢٢ والمادتين ٤٦ ، ٧٧ والفقرة الأخيرة من المادة ٤٩ ، وليس فى شىء من هذا معنى العقوبة أصلاً . وما ورد فى هذا الباب متعلقاً بمؤاخذة الناظر ليس فيه عقوبة كاملة سوى الغرامة والحرمان من أجر النظر كله أو بعضه .

٦٨٥ — الغرامة : وقد استحدث هذا القانون معاقبة الناظر بتغريمه الغرامة المبينة فى المادة ٥١ إذا لم يقدم إلى المحكمة الحساب الذى كلفته بتقديمه مؤيداً بالمستندات فى الميعاد الذى حددته له أو لم ينفذ ما كلفته به مما يتعلق بالحساب . والعقوبة بالغرامة المالية مما اختلف فيه فقهاؤنا ولكن المحققين منهم على جوازها

وأنها متفقة مع المقاصد الدينية والأصول التشريعية . وعقوبة الناظر بهذه العقوبة وإن لم يذكرها الفقهاء جائزة أيضاً لأنها مما يندرج فى التعزيرات. والشارع قد جعل هذه العقوبة جوازية لا وجوبية وترك الأمر للمحكمة تقدر كل حادثة بظروفها وملابستها . وهى أيضاً عقوبة تهديدية فقد أجيز للمحكمة أن تعفى الناظر من كل الغرامة أو بعضها إذا نفذ ما كلف به وأبدى عذراً مقبولاً ، وصَدْرُ هذا الشرط يدل على أن الإعفاء لا يمكن أن يكون بعد انتهاء المادة التى كلف فيها بما ذكر . وهى عقوبة خاصة بالحساب وما يتعلق به فلا تطبق فى التكليفات الأخرى مهما كان خطرها . وهى عقوبة ليست خاصة بما يكلف به أثناء الدعاوى المنظورة أمام المحاكم الشرعية ، وقد كان هذا القيد موجوداً فى المشروع ولكن هيئة اللجنتين بمجلس النواب قد حذفته ، بموافقة مندوب وزارة العدل ، ليكون الحكم عاماً شاملا ، مراعية أن محاسبة الناظر كما تكون أمام المحاكم الشرعية تكون أمام المحاكم الوطنية فلا مبرر لأن يحكم على الناظر بالغرامة من أجل الحساب أمام المحاكم الشرعية دون غيرها . وقد وجهت هذه الهيئة الأنظار إلى أن الحكم بالغرامة لا يمنع من الحكم على الناظر بالتعويضات عن الضرر الذى يكون قد لحق بالمستحقين من جراء تأخره فى تقديم الحساب . وقد أجاز القانون للمحكمة أن تمنح باقى الخصوم فى التصرف أو الدعوى هذه الغرامة أو جزءاً منها ، ومنحهم هذا لا يكون إلا على سبيل التعويض فإن هذا الحكم مأخوذ عن الحكم الوارد فى قانون التحضير القديم ، على أن الوجهة الحديثة فى التشريع قد أعرضت عن هذا ورأت أن حق الخصوم فى طلب التعويض فيه الكفاية وأن الغرامة يجب أن تسلم لخزانة الدولة ، فعلى المحاكم الشرعية أن تراعى كل هذه الاعتبارات فلا تلجأ إلى منح الخصوم شيئاً من هذه الغرامة . والغرامة هنا بلغت الحد الأعلى من القسوة وليس لها نظير فى الغرامات التى تقررها قوانين المرافعات وقد قامت حولها مناقشة طويلة بمجلس الشيوخ فى العرضة الأولى رفعتها إلى هذا الحد ، وقد أريد بهذه الشدة الحد من طغيان النظار ، فحكمها حكم خاص لغرض خاص وهو لهذا لا يتأثر أمام المحاكم الوطنية بأحكام المواد ١٠٩ ، ١١٤ ، ١١٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الجديد التى تخالف أحكام قانون الوقف فى قدر الغرامة فى النص على أنه لا تجوز الإقالة منها وعدم النص على منح الخصوم

شيئاً منها ، لأنها مواد وضعت للغرامة بالنظر للإجراءات على وجه العموم ولا تعتبر ناسخة لحكم قانون الوقف أمام المحاكم المدنية وإن كانت صادرة بعده لأن أحكامه وضعت لأغراض خاصة تتعلق بالنظار دون سواهم وليس من غرض الشارع أن ينسخ أو يعدل فى المرافعات ما جاء بقانون الوقف خاصاً بها .

٦٨٦ — الحرمان من أجر النظر : وقد استحدث القانون عقوبة النظار بحرمانهم من أجر النظر كله أو بعضه من أجل الحساب أو ما يتعلق به ، وكل ما قدمته من القول فى الغرامة يجرى فى هذا الحرمان سوى أن الخصوم لا يمنحون شيئاً مما حرم منه الناظر ، وسوى أنه لا صلة لهذا الحرمان بأحكام مواد قانون المرافعات التى سبقت الإشارة إليها . وهذا الحرمان قد يكون وحده هو العقوبة وقد يجامع الحكم بالغرامة وفى هذا من الشدة ما فيه .

إحالة الناظر إلى محكمة التصرفات :

٦٨٧ — لم يستحدث القانون بأحكام المادة ٥٢ حقاً للمحاكم الشرعية لم يكن لها من قبل ، ولا يقصد من هذه المادة إلا إحاطة النظار بشىء من الضمانات التى تقتضيها العدالة ، فقد كان المشروع الأول لهذا القانون مشتملا على مادة نصها «يجوز للمحكمة أثناء النظر فى أى تصرف أو دعوى متعلقة بالوقف أن تعزل الناظر إذا رأت أن فى بقائه ضرراً للوقف أو المستحقين» . ولكن لجنة العدل فى المرضة الأولى لم تر هذا الرأى وعدلت المادة إلى وضعها الحالى فنقلتها من شدة بالغة إلى رأفة متناهية ، وقالت عن ذلك فى تقريرها : «وقد رأت اللجنة وجوب تعديل صيغة المادة وحكمها لأنها كانت تجعل للمحكمة ولو كانت محكمة قضائية ، حق عزل الناظر أثناء نظرها فى أى دعوى منظورة لديها متى رأت ذلك ، ولكن اللجنة لم تر الأخذ بذلك لأنه يجب قبل معاقبة الناظر والحكم بعزله من النظر أن تعطى له فرصة الدفاع عن نفسه وتقديم أدلته وأن تفصل محكمة التصرفات ، وهى صاحبة الولاية ، فى أمر هذا الناظر ، أما إباحة العزل لمحكمة قضائية ففيه تغيير الاختصاص من ناحية ، وإباحة عقاب الناظر قبل أن يدلى بحجته من ناحية أخرى . . . هذا إلى أنها كانت تبيح لمحكمة الاستئناف أثناء نظر أية دعوى أمامها أن تعزل الناظر إذا رأت ذلك ، وفى إعطاء هذه السلطة لمحاكم الاستئناف تفويت لحق الناظر فى التقاضى

أمام الدرجتين» . وقد بقيت المادة على هذا الوضع حتى صدر بها القانون ، ولما كان أسلوبها قد يفهم منه أنه لابد أن يكون نظر العزل فى مادة مستقلة دائماً تلافت المذكرة التفسيرية للمشروع الثانى هذا الاحتمال ، حيث تقول « فإذا كان من رأى ذلك (إحالة الناظر) هو محكمة التصرفات الابتدائية المختصة سارت فى أمر عزله من غير حاجة إلى أن تكون هناك مادة جديدة ولكنها تنبهه إلى ذلك وتطلب منه إبداء دفاعه» ، ولا ريب أن فى هذا منعاً للتطويل واختصاراً للإجراءات على وجه لا يلحقه منه ضرر ، مادامت المحكمة ستوجه إليه المآخذ التى أخذت عليه وتطلب منه إبداء دفاعه وتسير فى الموضوع سيرها فى المادة المستقلة ، وهى فى الوقت نفسه المحكمة الابتدائية المختصة . فالإحالة التى تتلوها مادة مستقلة تكون إذا صدرت هذه الإحالة من محكمة قضائية ، ومن محكمة تصرفات استئنافية ، ومن محكمة تصرفات ابتدائية غير مختصة بالفصل فى عزله .

٦٨٨ — وما يدعو المحكمة للنظر فى عزل الناظر أعم من أن يكون تصرفاً سيئاً أو عجزاً عن الإدارة أو مصلحة أخرى من المصالح التى تقضى بإخراجه من النظر ، وعزله من النظر قد يكون عزلاً من النظر على الوقف كله أو على حصة منه عزلاً كاملاً دائماً أو عزلاً مؤقتاً أو جزئياً . ففى جميع هذه الأحوال لا يؤخذ الناظر على غرة ولا يفاجأ بقرار فى الموضوع قبل أن يبدى دفاعه ، أو من محكمة استئنافية أو من محكمة غير مختصة ، بل لابد أن يكون السير فى ذلك سيراً عادياً كما لو كان موضوع العزل ينظر نظراً مستقلاً ، إذ لا فرق بين عزل تراه المحكمة وعزل يطلبه سواها . ومن هذا يتبين أن الحكم شامل لضم الثقة بنوعيه وللإذن بالانفراد لأن فيهما عزلاً من الولاية أو عزلاً من بعضها فهو عزل على كل حال وإن لم يكن عزلاً كاملاً ، وشامل لإقامة الناظر المؤقت لأنه رفع للولاية ومنع لها فترة من الزمن فهو عزل مؤقت ، وشامل لإخراجه طبقاً للمواد ١٥ ، ٤٦ ، ٤٧ . لأن الإخراج قطع لولاية قائمة فهو عزل ، وقد جرى العرف القضائى تبعاً لعرف المتأخرين من فقهاء الحنفية على أن المراد بعزل الناظر رفع الضرر من بقائه إما بالإخراج أو بالضم أو بإذن شريكه بالانفراد . وهذا النص لا يشمل بعبارته زوال النظر عن منصوب الواقف لبطلان الشرط طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢ ، ولا انتهاء الولاية طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة ٤٩ ، إذ تقرير

كل منهما ليس عزلاً ولكن يشمله بدلالتـه لتساويهما فى المعنى ووضوح المناط فليس للمحكمة أن تقرر شيئاً من ذلك أثناء تصرف آخر أو دعوى ولها الحق فى إحالة هذا الموضوع إلى محكمة التصرفات لتقرر زوال ولايته أو انتهاءها . فلو كان للوقف ناظران مات أحدهما وكان الباقى أجنبياً وطلب إفراده ، وطلب بعض المستحقين إقامته فللمحكمة فى أى درجة من درجات التقاضى أن تحيله على محكمة التصرفات للنظر فى تقرير انتهاء ولايته وإذا كانت هى المحكمة الابتدائية المختصة ورأت السير فى ذلك سارت فيه ، ولكن ليس للمحكمة أن تفاجئه بقرار انتهاء ولايته .

الناظر المؤقت :

٦٨٩ — لم تأت المادة ٢٣ بحق جديد لم يكن من قبل لمحكمة التصرفات ، فإنها بما لها من الولاية العامة كما تملك عزل الناظر عزلاً دائماً لمصلحة الوقف ومستحقيه تملك رفع ولايته فترة من الزمن وعزله عزلاً مؤقتاً لهذه المصلحة ، وكما تملك إقامة الناظر إقامة دائمة أو إلى أن يتحقق العمل بشرط الواقف تملك إقامته لفترة خاصة ، وكما تملك الضم إلى الناظر مع الإذن بالانفراد ضماً وإذناً دائمين تملك ذلك فى فترة معينة ، وإقامة الناظر المؤقت لا تعدو أن تكون عزلاً وإقامة مؤقتين ، أو ضماً مؤقتاً مع الإذن بالانفراد ، والفرق بينهما يكاد يكون نظرياً محضاً . فالشارع لم يأت فى هذه المادة بتقرير حق لم يكن وإنما جاء بها للتوجيه والإرشاد إلى أمر تملكه المحاكم ولكنها ما كانت تعمل به من قبل رغم أن بعض المنشورات قد نبهتها إليه بعد أن تم مشروع هذا القانون .

٦٩٠ — والشارع يرجو من استعمال هذا الحق أمرين؛ أحدهما دفع الضرر الذى يخشى وقوعه من بقاء الناظر واستعمال سلطانه بما له من وظيفة النظر أثناء السير فى دعوى عزله ، فمن النظار من يعمد إلى اضطهاد طالب العزل من المستحقين بشتى الوسائل ليحمله على ترك طلبه وقد يمنع عنه استحقاقه وهو أحوج ما يكون إليه. ومنهم من يسارع إلى تأجير الأعيان لأقصى مدة يملكها بأجرة عاجلة ويأخذها لنفسه ثم يكون بعد ذلك التقاضى بشأنها بعد أن يكون قد رتب أموره المالية أو يكون لا مال له فتضيع حقوق الوقف والمستحقين . ومنهم من يضع العقبات أمام المحكمة بوصف كونه ناظراً ليعطل الفصل فى الموضوع . ومنهم من يترك

المطالبة بحقوق الوقف ومستحقيه لأغراض خاصة ويخشى من سقوط الحق فى المطالبة بها إذا انتظر الفصل فى أمر عزله نهائياً و إقامة سواه و إذا أقيم ناظر خاص « مأذون بالخصومة بذلك » لا يمكنه من المستندات ولا يعطيه البيانات ، ومنهم من يخشى على ما فى يده من أموال الوقف ، إلى غير ذلك من التصرفات التى لا يستطيعها إذا لم يكن ناظراً . فالشارع لا يريد إلا علاجاً لضرر كونه ناظراً واتقاء لتصرفاته التى تنشأ عن هذا الوصف ، أما أعماله وتصرفاته الأخرى التى يستطيعها بوصف كونه متقاضياً أو وصف كونه مستحقاً ولا مدخل فيها لوصف النظر فإنها لا تصلح سبباً لإقامة الناظر المؤقت ، وما كان للشارع أن يرفع ولايته ويغل يده عن التصرف لأمر لم ينشأ عن كونه ناظراً . كما أنه لا بد أن يكون ضرر بقائه فى النظر أمراً مخوفاً خوفاً له مايبرره ، فليس للمحاكم أن تلجأ إلى إقامة الناظر المؤقت لمجرد الاتهام ، و إنما تلجأ إليه إذا تبين لها من أدلة الاتهام والظروف وما عساه يظهر لها من سوء إدارته أن من الواجب غل يده ومنعه من الاستمرار فى إدارة الوقف صوناً لاستحقاق المستحقين ودفعاً لمضاره المرتقبة خلال هذه الفترة .

والأمر الثانى مقاومة وضع الأوقاف تحت الحراسة القضائية من المحاكم المدنية التى لا تنشأ غالباً إلا عن تصرفات النظار فوضع هذا النص على رجاء أن يخفف العمل به أو يحول دون وضع الوقف تحت الحراسة القضائية التى من أبرز عيوبها أنها عزل للناظر من سلطة لا ولاية لها على الأوقاف ولا تملك عزل نظارها ، وأن الحراس القضائيين يتصرفون تصرف النظار ومع ذلك لا يخضعون إلا للمحاكم الذين استمدوا منها سلطانهم ولا يخضعون للمحاكم الشرعية وهى الأدرى بشئون الأوقاف ، وما يجوز من التصرف فيها وما لا يجوز ، ومن يصح أن تكون له الولاية عليها ومن لا يصح أن تكون له ولاية . أما عيوب الحراسة نفسها فلا يجهلها أحد و بخاصة إذا كان الحارس غير مصرى .

ولقد أريد بلجنة العدل تحريم وضع الحراسة على الأوقاف ولكن سرعان مابدت المقاومة وظهرت التعللات التى لا تمت إلى السبب الحقيقى بصلة ولم يكن من سبيل إلى تحقيق هذه الرغبة العادلة .

٦٩١ — و إقامة الناظر المؤقت يجب أن تكون على جميع الوقف لا على بعضه

وألا تكون دائمة بل تكون مؤقتة بالفصل النهائى فى أمر العزل . فإقامة ناظر على حصة من الوقف أثناء نظر المادة إقامة غير مؤقتة لا تكون تطبيقاً لهذه المادة وليست إلا عزلاً و إقامة دائمتين لا شأن لهما بهذه المادة و يجب أن يخضعا للأحكام الأخرى .

٦٩٢ — وقد عرفنا أن الإقامة المؤقتة نوع من أنواع العزل وتطبق عليها أحكام المادة ٥٢ فلا يفاجأ الناظر بها ولا تكون من محكمة قضائية ولا من محكمة تصرفات استئنافية . و إذا كان نظر العزل أمام المحكمة الابتدائية كانت مختصة بلا شك ولهذا أكتفى فى المادة ٥٣ بالتنبيه إلى تمكين الناظر من إبداء دفاعه فقط لأن الاختصاص ثابت فلا حاجة إلى التنبيه إليه .

وقد عرفنا أن العزل يشمل الإخراج والضم والإذن بالانفراد ، فالنظر فى موضوع أحدها نظر فى موضوع العزل فللمحكمة أثناء ذلك أن تقيم ناظراً مؤقتاً إلى أن يفصل فى الموضوع المنظور نهائياً .

وقد أعطى حق هذه الإقامة للمحكمة مطلقاً غير مقيد بطلب أحد لأنه أمر تراد به مصلحة الوقف فلها أن تسلك هذه السبيل بطلب وأن تسلكه من تلقاء نفسها . ولها الحق فى هذه الإقامة أثناء نظر المادة ، إما فى مادة مستقلة أو فى نفس المادة المنظورة مع مراعاة تمكين الناظر من إبداء دفاعه فى هذه الحالة . وقيد « أثناء النظر » ليس قيداً احترازياً بل أخرج مخرج الأعم الأغلب الذى هو مظنة الحاجة إلى هذه الإقامة ووقوعها . فإذا انتهت المحكمة الابتدائية من مادة العزل بالرفض وكانت مستأنفة ثم طرأ ما يقتضى الإقامة المؤقتة إلى أن يفصل نهائياً وعرض الأمر عليها سارت فيه ولا يمنعها من ذلك أن مادة العزل ليست منظورة أمامها ، فإنها لا تزال منظورة من جهة ، ومن جهة أخرى فإن ولاية المحكمة عامة تتناول ذلك و إن لم يكن هناك طلب عزل بالمرة . أما إذا فصلت بالعزل أو بالضم فقد أوجب عليها قانون المحاكم الشرعية الإقامة والضم المؤقتين .

٦٩٣ — وقد بينت من قبل أن حق المحكمة فى الإقامة المؤقتة عام وشامل لجميع الأحوال بما لها من الولاية العامة فى عزل النظار و إقامتهم والضم إليهم ، فاقتصار القانون على بعض الحالات لا يراد به سلب هذا الحق ولا الحد منه . فلمحكمة التصرفات أن تنظر فى الإقامة وأن تقرر ذلك متى وجد ما يقتضيه و إن لم تكن

هناك مادة أصلا ، كما لو طلبت منها الإقامه المؤقتة كتدبير عاجل لصيانة حقوق الوقف والمستحقين إلى أن يرفع طلب العزل ويفصل فيه ، أو ليتمكن المستحقون من طلب القسمة إذا لم يكن من الممكن أن يتقدم به المستحقون مع وجود هـذا الناظر بدون ضرر . ولها أن تقيم ناظراً مؤقتاً أثناء نظر موضوع آخر غير العزل كموضوع القسمة إذا تبين للمحكمة أن الناظر يستغل صفته لتعطيل هـذا الموضوع أو يضار الطالبين ليمنعهم من الاستمرار فى طلبهم . أما إذا كان يعمد إلى التعطيل أو المضارة بوصف كونه أحد المستحقين ولا مدخل لصفة النظر فيما يأتيه فإن الإقامة المؤقتة لا تصح ولا تصلح أن تكون علاجاً لذلك إذ فى وسعه أن يصنع ما يصنع وإن أقيم ناظر مؤقت فلا فائدة من هـذه الإقامة للموضوع المنظور ، وإذا كان فيما يأتيه الناظر ما يقتضى عزله عزلاً دائماً سلكت سبيل هـذا العزل . وللمحكمة أن تقيم ناظراً مؤقتاً وإن لم يكن هناك ناظر أصلا ، كما إذا صار الوقف شاغراً واشتدت المنازعة حول من يختار وطال الأمد ويخشى على مصالح الوقف العاجلة أقامت المحكمة ناظراً مؤقتاً إلى أن تفصل فى الإقامة الدائمة وتنتهى ولايته بمجرد هذه الإقامة وإن لم تصر نهائية لأن لها نفاذاً عاجلا .

٦٩٤ — وعموم الأحكام الواردة بالمادتين ٤٨ ، ٤٩ كما تتناول الإقامة الدائمة والناظر الدائم تتناول الإقامة المؤقته بجميع أسبابها والناظر المؤقت على اختلاف أوضاعه ، فيجب أن يراعى تطبيقها فى هذا كما يراعى فى ذاك ، ولا يصح إهمال ذلك بحجة أن الإقامة المؤقته من التدبيرات العاجلة الوقتية التى لا محل لالتزام هذه الأحكام فيها ، لأن أضرار التعدد وولاية الأجنبى كما تكون فى الإقامة الدائمة تكون فى الإقامة المؤقته ، وقد يكون ضرر الناظر المؤقت أبلغ من ضرر الناظر الدائم ، على أنه ليس فى تطبيق تلك الأحكام ما يتنافى مع الإسراع وإن صح وقوع ذلك فى بعض الأحيان كان فى الاستثناءات الواردة بها ما فيه الكفاية فلا مبرر مطلقاً للتحلل من تطبيقها فى الإقامة المؤقته .

وعلى المحاكم المدنية أن تراعى هذه الأحكام أيضاً فى ما تنظره من دعاوى الحراسة على الأوقاف فليس الحارس إلا ناظراً مؤقتاً واختلاف الأسماء لا يغير من الحقيقة الواقعة .

٦٩٥ — وأحكام المواد الأربعة تسرى على جميع الأوقاف فى الحوادث السابقة على القانون واللاحقة له بنص المادة ٥٦ ، غير أن طبيعة هـذه الأحكام لا تجعل محلا لتطبيق ما عدا المادة ٥٠ على الحوادث السابقة ، أما أحكامها فانها تطبق فى الحوادث السابقة ، فلا يقبل قول الناظر فى الصرف الذى تم قبل القانون إلا بسند كتابى وهو مسئول عن تقصيره الذى وقع قبل صدور القانون اللهم إلا أن تكون قد صدرت أحكام قضائية نهائية تخالف ذلك .

عمارة الوقف

مادة ٥٤ — يحتجز الناظر كل سنة ٢٫٥ فى المائة من صافى ريع مبانى الوقف يخصص لعمارتهما و يودع مايحتجز خزانة المحكمة ، ويجوز استغلاله إلى أن يحين وقت العمارة ، ولا يكون الاستغلال والصرف إلا بإذن من المحكمة.

أما الأراضى الزراعية فلا يحتجز الناظر من صافى ريعها إلا بأمر القاضى باحتجازه للصرف على إصلاحها أو لإنشاء وتجديد المبانى والآلات اللازمة لإدارتها أو للصرف على عمارة المبـانى الموقوفة التى شرط الصرف عليها من هذا الريع بناء على طلب ذوى الشأن .

وللناظر ولكل مستحق إذا رأى أن المصلحة فى إلغاء الأمر بالاحتجاز أو تعديله أن يرفع الأمر إلى المحكمة لتقرر ما ترى فيه المصلحة .

وتطبق هذه الأحكام مالم يكن للواقف شرط يخالفها .

مادة ٥٥ — مع مراعاة أحكام المادة السابقة إذا إحتاجت أعيان الوقف كلها أو بعضها لعمارة تزيد نفقتها على خمس فاضل غلة الوقف فى سنة ولم يرض المستحقون بتقديم العمارة على الصرف ، شرط الواقف تقديم العمارة أم لم يشرطه ، وجب على الناظر عرض الأمر على المحكمة لتأمر بعد سماع أقوال المستحقين بصرف جزء من الغلة للقيام بالعمارة

أو باحتجاز جميع ما تحتاج إليه العمارة أو باستخدام الاحتياطى المبين فى المادة السابقة كله أو بعضه .

وتتبع هذه الأحكام فى الصرف على إنشاء ما ينمى ريع الوقف عملا بشرط الواقف .

ومع مراعاة أحكام المادة ١٨ يجوز للمحكمة أن تبيع بعض أعيان الوقف لعمارة باقية بدون رجوع فى غلته متى رأت المصلحة فى ذلك .

معنى العمارة :

٦٩٦ — عمارة الأعيان الموقوفة ، فى نظر فقهائنا ، هى إصلاح فاسدها ومتخربها ، وصيانة عامرها وحفظه من أن يلحقه الخراب ومنعه من التغير عن الحال التى وقف عليها ، وزيادة ما يحتاج إليه فى استغلالها الغلة التى تطلب من مثلها أو ما فيه مستزاد فى غلاتها ، وفى هذا الأخير كلام طويل وتفصيلات لا يتسع المقام لإيرادها . فإذا كان الموقوف أرضاً فمن عمارتها كسح ما فيها من سبخة ، وتسميدها ، وحفر سواقيها وإصلاح مسناتها وطرقها ، وبناء ما تحتاج إليه من قرية تكون لأكرتها وحفاظها ويحرز فيها ثمرها وكل ما فيه حفظ للأرض وغلاتها ، وإذا كانت الأرض متصلة ببيوت المصر وكانت الغلة التى تطلب من مثلها هى غلات البيوت لا غلات النخل والشجر والزرع كان من عمارتها أن تبنى فيها بيوت لتستغل وتصبح فى حكم الدور الموقوفة . وإذا كانت الأعيان شجراً أو نخيلا كان من عمارتها سقيها وتقليمها وتأبيرها ، وشراء صغار الشجر والفسيل ، إذا خشى المتولى هلاك الأعيان ، وغرسه حتى لا يفنى النخل والشجر . وإذا كانت الأعيان دوراً فمن عمارتها ما يصونها ويحفظها من الخراب كتجصيص حيطانها وشراء سلم ليرتقى عليه من يكنس سطحها ويطرح الثلج عنه ودفع أجرة من يقوم بذلك . ومن عمارتها تسوية ما مال من حوائطها ، وتأزير هذه الحوائط ، وإدخال الجذوع فى سقفها ، ورم ما استرم منها . ومن عمارتها إعادة بناء ما تهدم منها إلى الحال التى كان عليها ، أما الزيادة على ذلك أو إحداث بناء لم يكن ففيه كلام طويل . والعمارة أخص من المؤونة ومن المصالح ، فالمؤونة كما تشمل العمارة

تشمل مايحتاج إليه لأداء العشر والخراج والبذر وأرزاق الولاة عليها والعملة وأجور الحصاد والحراث والدارسين وغير ذلك من المؤن التي لا تسمى عمارة ، والمصالح كما تشمل العمارة تشمل مثل أجر الإمام والخطيب وسائر أرباب الشعائر ونحو ذلك مما لا يسمى عمارة ، والعمارة أعم من المرمة فهي تشملها وتشمل بناء ما تهدم ، أما المرمة ، كما قال الخصاف ، فهي غير البناء و إنما المرمة مثل تطيين سطحه وتأزير حيطانه وأجذاع تدخل في سقفه وما يشبه هذا والبناء غير هذا ، ومع هذا قد نقل قاضيخان أن الفتوى على أنه يجوز البناء من غلة الموقوف على المرمة .

أنواع العمارة :

٦٩٧ — والفقهاء قد قالوا إن العمارة ضرورية وغير ضرورية ، وقالوا إن العمارة الضرورية هي التي يخشى من تأخيرها إلى الغلة الثانية خراب الوقف ، أو أن يكون الضرر في القابل أعظم ، وما عدا ذلك فهو من العمارة غير الضرورية . أما المهندسون فيقولون إن الإصلاحات تنقسم هندسياً إلى أقسام ؛ صيانة عادية بسيطة سنوية ، وصيانة عادية كبيرة سنوية ، و إصلاح وتعمير ، و إنشاء وتعديل ، فالعمارة عندهم لا تشمل الصيانة بنوعيها ولا الإنشاء والتعديل ، أما عند الفقهاء فإنها تشمل كل هذا ، وهذا هو الذي أراده هذا القانون الفقهي ، وقد أكد هذا ما قاله وزير العدل بمجلس الشيوخ في العرضة الأولى رداً على من أورد التقسيم الهندسي أننا نتكلم بلغة القانون لا بلغة الهندسة .

وجوب العمارة ومحلها أو رتبتها :

٦٩٨ — والعمارة واجبة شرطها الواقف أو لم يشترطها ، لأنها إن لم تكن مشروطة نصاً فهي مشروطة اقتضاء لأن مقصود الواقف إدرار الغلة مؤبداً وهذا المقصود إنما يحصل بإصلاحها وعمارتها . وقالوا إن الموقوف للسكنى تكون عمارته على من له سكناه و إن أباها لا يجبر عليها ولكن تؤجر وتعمر من الأجرة ، أما عمارة الموقوف للاستغلال فقد اختلفت عباراتهم في شأنها ، فمنها ما يفيد أن الغلة كلها للمستحق وأن العمارة واجبة عليه فإن كان معيناً وجبت عليه في ماله أي مال ، فإن امتنع أخذت من الغلة ، والصحيح أنه لا يجبر عليها . و إن كان غير معين فإن مطالبته غير ممكنة وغلة الوقف أقرب أمواله فتجب فيها ، ومنها ما يفيد أنه

لاحق للمستحق فيما تحتاج إليه العمارة من الغلة ولاحق له إلا فيما يفضل عنها ، وقد حاول صاحب البحر أن يوفق بينها بأن المعنى أن العمارة فى الغلة ولما كانت الغلة للمستحق صار كأن العمارة عليه . وأياً ما كان الأمر فإن المسألة نظرية وليس لها قيمة عملية ما دام ما تحتاج إليه العمارة يجب إخراجه من الغلة و إذا دفعه المتولى إلى المستحق كان ضامناً .

٦٩٩ – ونصوا على أنه يبدأ من ريع الوقف بعمارته شرط الواقف أو لم يشرط أو شرط التسوية أو تأخيرها . وقالوا إن العمارة مقدمة على غيرها وأنه لاحق للمستحقين فى الغلة زمن العمارة بل زمن الاحتياج ، وهذا فى العمارة الضرورية أما غير الضرورية فيجوز تأخيرها كما أنهم استثنوا بعض الأحوال إذا كانت العمارة ضرورية . وفى الأشباه أنه لو شرط الواقف تقديم العمارة ثم الفاضل للفقراء أو للمستحقين لزم الناظر إمساك قدر العمارة كل سنة و إن لم تحتجه الآن لجواز أن يحدث حدث ولا غلة بخلاف ما إذا لم يشترطه فيفرق بين اشتراط تقديم العمارة كل سنة والسكوت عنه فإنه مع السكوت تقدم العمارة عند الحاجة إليها ولا يدخر لها عند عدم الحاجة إليها ومع الاشتراط تقدم عند الحاجة ويدخر لها عند عدمها ثم يفرق الباقى لأن الواقف إنما جعل الفاضل للفقراء . وقد صرح بأنه استنبط هذا مما قيل فى الوقف على المسجد على أن مايفضل من عمارته يكون للفقراء ، وقال الحموى قد يقال إن قدر مايحتاج إليه فى المستقبل غير معلوم إذ هو غير منضبط فلا يدرى القدر الذى يرصد للعمارة وغاية مايقال أن الأمر مفوض للناظر فيرصد القدر الذى يغلب على ظنه الحاجة إليه (١) . والفرق الذى ذهب إليه صاحب الأشباه محل نظر ، وعندى أنه يدخر لها عند عدم الشرط أيضاً ما يغلب على الظن أنه يحتاج إليه ، فقد قال السرخسى فى المبسوط فيما يتصل بالوقف من رسم الصكوك ؛ ومن ذلك أنه يشترط فيه أن يرفع الوالى من غلته كل عام ما يحتاج إليه لأداء العشر والخراج وما يحتاج إليه لبذر الأرض ومؤنتها وأرزاق الولاة لها ووكلائها وأجور وكلائها ممن يحصدها ويدرسها وغير ذلك من نوائبها لأن مقصود الواقف استدامة الوقف وأن تكون المنفعة واصلة إلى الجهات المذكورة فى كل وقت ولا يحصل ذلك إلا برفع هذه المؤن

---

(١) جـ ١ / ٣١٨

من رأس الغلة وذلك وإن كان يستحق بغير الشرط عندنا إلا أنه لا يؤمن من جهل بعض القضاة فربما يذهب رأى القاضى إلى قسمة جميع الغلة بناء على الظاهر وإذا شرط ذلك يقع الأمن بالشرط ، والمقصود بالكتاب التوثق فينبغى أن يكتب على أحوط الوجوه فيتحرز فيه من طعن كل طاعن وجهل كل جاهل ، وقد ذكر قبل ذلك أيضاً أن الوالى يرفع من غلة الموقوف ما يحتاج إليه لنوائبه [1] . والعمارة من النوائب ومن المؤن فهى مما يتناولها كلامه وهى مما يدخر لها ما يغلب على الظن أن يحتاج إليه ، شرط الواقف تقديمها أو لم يشرطه ، وهذا هو السند الفقهى لأحكام المادة ٥٤ منضما إليه القاعدة العامة وهى العمل بكل ما هو أنفع للوقف ، وما يدل عليه كلام الفقيه أبى الليث الذى سأورده فيما بعده

٧٠٠ — وأحكام العمارة ومباحثها كثيرة ، وهذا القانون لم يعرض إلا لأمرين ، العناية بالأعيان الموقوفة والعمل على استدامتها عامرة دارة ، والتوفيق بين مصلحة المستحقين ومصلحة الوقف ورعاية كل منهما بالقدر المستطاع ، وقد اتخذ للأمر الأول وسيلتين ، إحداهما احتجاز احتياطى من الريع ، والثانية بيع بعض الأعيان لعمارة الباقى .

أولا — العناية بأعيان الوقف

ا — الاحتياطى :

٧٠١ — والاحتياطى الذى سنّ القانون احتجازه نوعان ، احتياطى نسبى مقدر لا خيرة فيه ويجب احتجازه بحكم القانون ، واحتياطى غير مقدر ترك الأمر فى أصله وفى قدره وجميع ما يتصل به لما تراه المحكمة ، والمشروع الأول لهذا القانون كان يجعل الاحتياطى كله من النوع الأول وحده ويجعله عاماً فى كل الأوقاف فقد كان النص فيه «يحجز الناظر كل سنة ٢٫٥٪ من صافى ريع الوقف يخصص لعمارته ، ولكن لجنة العدل لم ترتفض هذا وفرقت بين المبانى الموقوفة و بين الأراضى الزراعية وجعلت لكل منهما الحكم الذى يناسبه ، وقد بقيت هذه التفرقة حتى صدر بها القانون .

---

(١) جـ١٢/ ٣٣ ، ٤٢

٧٠٢ — أما المبانى فإنها فى حاجة مستمرة إلى الصيانة ،والزمن يصنع بها مالا يصنع بالأرض الزراعية ،وكلما طال عهدها لحقها الضعف ،ثم لا تلبث أن تهرم وتتداعى وتتهدم فتكون فى حاجة إلى الإنشاء ، ثم هو فوق ذلك عرضة للحوادث المفاجئة التى لا تتعرض لها الأرض كالزلازل والغارات الجوية وظهور الخلل غير المرتقب فى أساسها ، هذا إلى أن للبناء أوضاعاً وأشكالاً تتغير بتغير العصور والأذواق والحاجات والتطور الهندسى ، فهى فى أمس الحاجة إلى أن يكون لها احتياطى مدخر يخصص لعمارتها . وقدره الشارع طبقاً للعوامل الاقتصادية بنسبة ٢٫٥ ٪ من صافى . واحتجاز هذه النسبة حكم قانونى يجب على الناظر أن يقوم به من تلقاء نفسه غير متوقف على قرار ولا أمر ولا دخل فيه لقبول المستحقين أو رفضهم ، فإذا لم يقم به الناظر وصرف الريع كله فى المصارف الأخرى كان ضامناً لتعديه وكان مرتكباً ما يوجب مؤاخذته .

٧٠٣ — والواجب على الناظر أن يحتجز هذا القدر كل سنة وإن كانت الغلة تحدث كل شهر أو لمدة أقل من سنة فالواجب عليه أن يكون هذا القدر فى يده فى نهاية كل عام وله الخيرة فى كيفية الحصول عليه ولا ريب أنها تختلف باختلاف الأحوال والظروف .

وهذا القدر يحتجز من صافى الريع وهو ما يبقى منه بعد أداء الضرائب والأجر الواجبة على الأعيان الموقوفة وبعد أداء ما يحتاج إليه من بقية المؤن كأثمان المياه التى تجب على المؤجرين وأجر العاملين فى الوقف كالناظر والكاتب والجابى والحارس والبواب وأشباه ذلك ، وبعد إخراج ما تحتاج إليه العمارة التى لا يحتاج الناظر إلى رفع أمرها إلى المحكمة أو رفعها ولم تر المحكمة حاجة إلى وقف هذا الاحتجاز أو تعديله ، أما إذا رأت شيئاً من ذلك فإن قرارها يكون كفيلا ببيان ما يحتجز بياناً وافياً إذا رأت التعديل أو الاستمرار فى الاحتجاز .

٧٠٤ — والمراد بالمبانى الموقوفة الموقوفات المبنية كالدور والحوانيت والخانات وأشباهها، ويستوى فى ذلك أن يكون الموقوف هو البناء فقط أو أن يكون موقوفاً هو والأرض ؛ فالريع الذى يحتجز منه هو ريع الجميع إذا كان الوقف ورد عليهما

معاً ، أما إذا كانت الدار الموقوفة على أرض محتكرة فإن حكرها يكون فى غلة الأرض المحتكرة ولا يحتجز منه شىء ، وما عدا ذلك من غلة الدار يكون هو غلة المبانى الموقوفة وهو الذى يحتجز هذا القدر من صافيه . والموقوفات المبنية هى وحدها التى يحتجز من صافى ريعها ، كانت كل الوقف أو بعضه ، فإذا كانت أعيان الوقف دوراً وأرضاً زراعية طبقت أحكام الفقرة الأولى من المادة ٥٤ على الدور ، وطبقت على الأرض الزراعية أحكام الفقرة الثانية منها . و إذا كان الموقوف فندقاً مع مافيه من الأثاث احتجز من صافى ريع الدار وحدها ولا يحتجز شىء مما يخص الأثاث من الريع بمقتضى حكم هذه المادة ، وكذلك لو كان الموقوف دار مدرسة مع مافيها من الأدوات المنقولة . والحق أن الموقوف من المنقولات المنفصلة ، وقف تبعاً أو استقلالا كالأثاث والأدوات والسيارات والسفن والطائرات ، يحتاج إلى نفس العناية التى وجهت إلى المبانى أو أكثر منها ، وكذلك بعض المنقولات المتصلة كالكروم والبساتين والنخيل وأشجار الغابات ، وهذه لا يكفى فيها حكم الفقرة الثانية ، ولو أن حكم المشروع الأول استبقى لكان خيراً وكان فى أحكام الفقرة الثالثة ما يقضى على الاحتجاز الذى لا حاجة إليـــه . وحكم الفقرة الأولى خاص بالمبانى التى لها ريع ، أما المبانى التى يسكنها الموقوف عليهم فلا تعتبر ذات ريع لأن الموقوف عليهم بعد صـدور هذا القانون لا يعتبرون مستأجرين و إن كانت الدار موقوفة للاستغلال ، بل هم بسكناهم يستوفون حقاً لهم وينتفعون بأنفسهم . ويحتجز هذا القدر من صافى ريع المبانى الموقوفة سواء أكان الاســتحقاق فيها أهلياً أم خيرياً وهذا ما يفيده كل من إطلاق النص والباعث عليه .

٧٠٥ — والقدر الذى يحتجز يخصص لعمارة المبانى الذى احتجز من ريعها خاصة فلا يجوز صرفه فى عمارة الأعيان الأخرى الموقوفة معها كالأرض الزراعية والمنقولات المنفصلة أو المتصلة ، ولا فى عمارة المبانى الموقوف عليها كما لو كانت الدار موقوفة على مصالح المسجد أو عمارته أو على تكية أو مدفن . والقانون لا يريد بالعمارة هنا أى نوع من أنواع العمارة ، ولم يرد من هـذا الاحتياطى إلا استخدامه فيما يسميه المهندسون الإنشاء والتعديل والإصلاح والتعمير ، أما الصيانة العادية البسيطة السنوية فلا ينتظر أن يستخدم فيها بحال ، أما الصيانة العادية الكبيرة

السنوية فمن الممكن استخدامه فيها فى بعض الأحوال طبقاً لأحكام المادة ٥٥
وهو لايريد العمارة المحتاج إليها فعلا بل يريد مايحتاج إليه للعمارة مستقبلا بدليل قو
إلى أن يحين وقت العمارة ، أما العمارة التى حل وقتها فإن حكمها مبين فى المادة ٥٥

٧٠٦ — ولما كان احتجاز هذا القـدر لمصلحة الوقف فقد عامله الشار
بما يجرى عليه العمل فى أموال البدل على وجه العموم ، فأوجب على الناظر إيداع
بخزانة المحكمة ولم يستثن من ذلك ناظراً ما وذلك لصيانته من الضياع ومن العبث
على أى وجه . ولم يبين القانون أى محكمة يودع بها اكتفاء بفهم ذلك من الحاج
إلى الإذن باستغلاله وصرفه ، فيكون إيداعه بالمحكمة التى تملك هذا التصرف
طبقاً لقانون المحاكم الشرعية ، إذ لامبرر لإيداعه بخزانة محكمة لاتملك التصرف في
طبقاً لقواعد الاختصاص .

٧٠٧ — ولم يشأ الشارع أن يبقى المال المودع معطلا فأجاز استغلاله إلى أن
يحين وقت الحاجة إليه وصرفه فيما خصص له ، وكان النص فى المشروع الأول يوجب
الاستغلال ، ولكن لجنة العدل فى العرضة الأولى جعلته نصاً جوازياً ، وحسناً فعلت
فقد يترتب على استغلاله فى بعض الأحيان تأخير استعماله فى الغرض الذى خصص ل
فترك الأمر إلى المحكمة لتقدر الظروف وقرب الاحتياج إليه أو عدم قربه . وقد
أطلق الاستغلال فشمل كل أنواعه عدا أوجه الاستغلال الذى لا يجوز شرعاً وهذ
القيد مفهوم بداهة . ولم يبين القانون مصير هذه الغلة ، أتضم إلى الأصل أم تصرف
فى مصارف غلة الوقف ، وكان النص فى المشروع الأول هو « ويستغل للعمارة » فكان
مصير غلته بيناً ، وعدلت لجنة العدل ذلك النص إلى النص الحالى ولم تذكر شيئاً عن
هذه المسألة فى تقريرها ، والظاهر أن عدم النص على هذا قد فاتها بدون قصد ، وعلى
كل حال فمن المقرر أن الثمرة تتبع أصلها ، والقدر المحتجز من الريع لما خصص للعمار
لم يبق للمستحقين فيه حق وليس مالا لهم مادام محتجزاً فلا يكون لهم أى حق فى ثمرته
وتضم إليه ويكون الكل مخصصاً للعمارة . ومن البين أن من واجب المحكمة أن
تبحث عن جميع الضمانات التى تكفل حفظ المبلغ إذا أمرت باستغلاله كما أن من
واجبها أن تبحث عن أفضل طرق الاستغلال وبخاصة الطرق التى لا يكون من
شأنها تفويت استعماله فيما خصص له أو تأخيره .

٧٠٨ — والمعنى الذى أملى على الشارع الأخذ بوجوب إيداع القدر المحتجز بخزانة المحكمة هو الذى أملى عليه النص على أن كلا من الاستغلال وصرف القدر كله او بعضه فى العمارة لايكون إلا بإذن المحكمة، فليس للناظر حرية التصرف فى هذين الأمرين، فإذا عرض له وجه من وجوه الاستغلال أوكانت المبانى فى حاجة إلى العمارة التى خصص لها هذا القدر عرض الأمر على محكمة التصرفات لتأمر بما يظهر أنه المصلحة. ومن الواضح أن هذا الإذن يكون بناء على طلب الناظر أو أى ذى شأن آخر كما أنه يكون من المحكمة من تلقاء نفسها إذا تبين لها ذلك وهذا يستدعى حتما مراقبة مستمرة من رئيس المحكمة على المقادير المودعة بخزانتها وأمره بعرض الأمر على محكمة التصرفات لتنظر فى أمر استغلالها إذا تبين له مايدعو إلى ذلك.

٧٠٩ — وجميع الأحكام الواردة بالفقرة الأولى من المادة ٥٤ أحكام عامة لاتختص بوقف دون وقف ولا بناظر دون آخر إلا مااستثنى بنص فى هذا القانون وهى تطبق على الموقوفات المبنية التى فى نظر الأفراد والتى فى نظر غيرهم و إن كانت وزارة الأوقاف. فعلى هذه الوزارة أن تحتجز ٢½ ٪ بحكم هذا القانون لا ٢ ٪ فقط وهى ليست فى حاجة إلى رفع الأمر إلى المحكمة بالنسبة للنصف فى المائة، وعليها أن تحتجز هذا القدر من صافى ريع المبانى الموقوفة وقفاً أهلياً ووقفاً خيرياً على السواء، وعليها إيداع مايحتجز خزانة المحكمة وليس لها أن تستبقيه بخزانتها، وليس لها استثماره إلا بإذن المحكمة، فهى وحدها التى تأذن بالاستثمار أو ترفضه وهى التى تبين الكيفية التى يستثمر بها لا اللائحة الداخلية لتلك الوزارة، وليس لها أن تصرف شيئاً من هذا المحتجز فيما خصص له إلا بإذن من المحكمة، وأحكام هذه المادة قد ألغت مايخالفها من أحكام المادة السابقة [1] من القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٤٦.

الاحتياطى الآخر:

٧١٠ — أما الأرض الزراعية فليس ثمة مايدعو إلى حجز هذا القدر كل سنة من ريعها، إذ لاتحيط بها الظروف والملابسات التى تحيط بالموقوفات المبنية وهى فى

(١) نص هذه المادة هو « يحجز من صافى ريع المبانى الموقوفة وقفا أهلياً مبلغ سنوى يعادل ٢ ٪ منه، يخصص لصيانتها وعمارتها مستقبلا.»

«فإذا رأت الوزارة حجز مايزيد على هذه النسبة رفعت الأمر إلى القاضى الشرعى.»

« ويجب استثمار الأموال التى تحجز لهذا الغرض بالكيفية التى تبين فى اللائحة الداخلية.»

الأعم الأغلب لاتحتاج إلى التعهد بالعمارة المبينة فى هذه المادة كل عام . فإذا كان فيها مايحتاج إلى الإصلاح ، أو كانت محتاجة إلى إنشاء أو تجديد المبانى والآلات اللازمة لإدارتها وكان هذا الإنشاء أو التجديد مما يدخل فى باب العمارة ، أو كان هناك شرط من الواقف يوجب إنفاق جزء من ريعها على مبان موقوفة معها أو بعقدة مستقلة ، وكان أمر هذا الإنفاق يدعو إلى الاحتجاز ، وجب إذ ذاك رفع الأمر إلى المحكمة لتقرر ما إذا كانت هناك حاجة إلى الاحتجاز أولا ولتقدر ما تدعو الحاجة إلى احتجازه ، ومن البديهى أن هذا لا يكون إلا بعد المعاينة وكشف الحال والتقدير من طريق الخبراء الفنيين الذين تندبهم لهذا الغرض إذا اقتضى الأمر ذلك . فليس للناظر أن يحتجز أى شىء من الريع لهذه الأغراض إلا بإذن من المحكمة ، وهذا النهى مقيد بحكم الفقرة الأخيرة كما سيجىء .

وأحكام هذه الفقرة خاصة بما يحتاج إلى احتجازه للإصلاح والعمارة أما ما يلزم لزراعة الأرض الزراعية التى يقوم الناظر بزراعتها فإنه لا يندرج فيما يلزم للعمارة وللناظر احتجازه من الريع طبقاً للأحكام الفقهية لأنه من المؤن الأخرى التى ليست من قبيل العمارة ، وهى مما يحتاج إليه فى الإدارة والاستغلال الذى أجازت المادة ٤٥ للناظر استدانته على الوقف بدون إذن من المحكمة .

٧١١ — وقد اقتصر القانون على ذكر المبانى الموقوفة التى شرط الصرف عليها من ريع الأرض الزراعية الموقوفة ، وكان من الحق والعدل ألا توصف المباني بهذا الوصف ، فكثيراً ما توقف الأرض على مصالح وعمارة مبان غير موقوفة كالمضيفة والأحواش التى تبنى بجوار المقابر لراحة زائريها وأشباه ذلك ، وكان من حق هذه المبانى أن تراعى كما روعيت المباني الموقوفة لما فى ذلك من استدامة مصرف الوقف ، كما أن المبانى الموقوف عليها كان من الواجب رعايتها إذا كانت الأعيان الموقوفة عليها مبانى ، إذ لافرق فى هذا بين أن يكون الموقوف عليها أرضاً زراعية أو أعياناً مبنية .

٧١٢ — والأمر بالاحتجاز هنا لا يكون إلا بناء على طلب من ذوى الشأن كالناظر على وقف الأرض أو الناظر على المبانى التى تجب عمارتها فى غلة الأرض أو المستحق فى غلة هذا أو ذاك أو الموقوف عليه هنا أو هناك . ومقتضى هذا النص أنه إذا لم يطلب أحد من ذوى الشأن هذا الاحتجاز فليس للناظر حجز

شيء من الريع لذلك ولو كانت الأرض موقوفة على العمارة كعمارة مسجد معين وجعل الريع كله لهذه السبيل ، ولـكن هذا غير مراد قطعاً لأنه مقيد بما جاء بالفقرة الأخيرة ، وهو الذى يشعر به قول هذه المادة « التى شرط الصرف عليها من هـذا الريع » وهو المعنى الذى صرحت به المذكرة التفسيرية بقولها « أو إذا كان هناك شرط من الواقف يوجب إنفاق جزء من ريعها فى عمارة مبان موقوفة ولم تحتج إلى العمارة فإن هـذا الفاضل يبقى فى يد الناظر ويطبق عليه الراجح من مذهب الحنفية » . وقد قال الفقيه أبو جعفر الهندوانى فى دار موقوفة على مسجد على أن ما فضل من عمارتها فهو للفقراء ، أنه لا تصرف الغلة للفقراء إذا كان المسجد لا يحتاج إلى العمارة وإن اجتمعت غلة كثيرة لأنه يجوز أن يحدث للمسجد حدث والدار بحال لا تغل ، واختار الفقيه أبو الليث أنه إذا علم أنه قد اجتمع من الغلة مقدار يكفى لعمارة المسجد والموقوف إذا احتاجا للعمارة يصرف الفاضل للفقراء ، فهما متفقان على احتجاز ما يكفى للعمارة فى المستقبل ومختلفان فيما يزيد على ذلك ، وفى جامع المضمرات أن ما اختاره أبو الليث هو القول المعتمد المختار للفتوى . هذا إذا شرط الفاضل للفقراء أما إذا لم يشرط فقياس قول أبى الليث أن الزائد عن القدر الذى ذكره يعتبر فائضاً ، وإذ ذاك تطبق عليه أحكام المادة ١٩ من هذا القانون ، أما هذا القدر فيجب احتجازه . وقد عرفنا أنه لا يقول باحتجاز ما يمكن أن يحتاج إليه مستقبلا فى عمارة المسجد فحسب بل ما يحتاج إليه فى هذا وفى عمارة الدار الموقوفة ، وليس فى وضع المسألة ما يدل على أن الواقف اشترط البدء بعمارة هذه الدار فالحكم يعم ما إذا كان ذلك مشروطاً وما إذا كان غير مشروط ، ولم ينص القانون هنا على إيداع المحتجز ولا على الإذن بصرفه واستغلاله لأن التقدير من المحكمة وقرارها فى الموضوع يكون كفيلا بتنظيم ذلك ولها فى أحكام الفقرة الأولى خير مرشد .

إعادة النظر فى أمر الاحتجاز :

٧١٣ — وقد أبيح للناظر ولكل مستحق أن يرفع الأمر إلى المحكمة لإلغاء الأمر بالحجز أو تعديله بالزيادة أو بالنقص متى كانت هناك مصلحة تدعو إلى ذلك ، لأن المبانى الموقوفة قد تكون كلها حديثة البناء ذات إيراد عظيم يكون قدر ال ٢ ½ ٪ منه مبلغاً كبيراً لا ينتظر أن تدعو الحاجة إليه جميعه فى المستقبل ، كما أنه قد يظهر بعد

تقدير المحكمة أن ما احتجز من ريع الأرض الزراعية أصبح غير محتاج إليه كله أو يكون إصلاحها قد انتهى وليس ثمة حاجة إلى احتجاز شيء ، أو يظهر أن عمارة المبانى ينتظر أن تحتاج إلى أكثر مما أمر القانون باحتجازه أو أن إصلاح الأرض وعمارة الموقوف عليه ينتظر أن تحتاج إلى أكثر مما أمرت المحكمة باحتجازه ، ففى هذه الأحوال وأشباهها يجب أن يعرض الأمر على المحكمة لتنظر فى إلغاء أمر الحجز الذى أمر به القانون أو أمرت به المحكمة أو تعديله ، وقد أعطى الحق فى رفع الأمر إلى المحكمة لناظر الوقف الذى يحتجز من ريعه ولمستحقيه دون غيرهم فليس للموقوف عليه غير المستحق أن يرفع الأمر إلى المحكمة لأن المسألة مسألة احتجاز من الريع الذى لا حق له فيه بعد . والمحكمة تقرر ما ترى المصلحة فيه من الإلغاء والتعديل ، ولكن هل يكون لها الحق فى أن تجعل لقرار الإلغاء أو التعديل بالنقص أثراً رجعياً ، هذا لايزال عندى محل نظر ، و إذا كانت تملك ذلك كان لها الحق فى إلغاء الحجز القانونى من أصله وصرف المحتجز فيما مضى مصرف الغلة أو أن تصنع ذلك فى بعضه .

الشرط المخالف :

٧١٤ — وأحكام المادة ٥٤ لا تطبق إذا كان للواقف شرط يخالفها . وهذا النص قد زادته لجنة العدل فى العرضة الثانية ، وقالت عن ذلك فى تقريرها « أضافت اللجنة إلى المادة ٥٤ فقرة أخيرة تجعل شرط الواقف فى مصاريف عمارة الوقف نافذاً إذا كان هناك شرط من الواقف خاص بالعمارة . ومما تجب ملاحظته أن هـذه الإضافة لا تمس ما للمحكمة من سلطة مخالفـة شروط الواقفين متى رأت مصلحة فى ذلك » ولو أن اللجنة قالت إن هذه الإضافة لا تمس أحكام المادة السادسة ولا الفقرة الثانية من المادة ٢٢ لكان قولها أدق . وأياً ما كانت العبارة فإن اللجنـة لا تريد أى شرط للواقف يمكن القول بمخالفته لأحكام هذه المادة بل تريد خصوص شرطه فى مصاريف العمارة أى فى قدرها . فليس لأحد ، إذا لم يذكر الواقف شيئاً عن العمارة أصلا ولم تكن هناك حاجة إلى العمارة ، أن يقول إنه لا يحتجز شيء من الريع لا بمقتضى أحكام الفقرة الأولى ولا بمقتضى أحكام الفقرة الثانيـة لأن الريع جميعه يجب صرفه إلى المستحقين بمقتضى شرط الواقف ،

لأن المراد مخالفة شرط الواقف فى العمارة . و إذا كان الواقف شرط احتجاز جزء من ريع الأرض الزراعية لإصلاحها أو لعمارة المبانى الموقوف عليها وجب على الناظر احتجاز هذا الجزء بدون رفع الأمر إلى المحكمة ، و إذا كان الريع كله قد جعل للعمارة وجب عليه احتجاز ما يكفى لعمارة الموقوف والموقوف عليه مستقبلا من غير رجوع إلى المحكمة ، و إذا كان الواقف شرط احتجاز أكثر من النسبة التى قدرها القانون فى ريع المبانى وجب عليه احتجازها بدون رجوع إلى المحكمة، و إذا كان قد اشترط أقل من هذه النسبة لم يحتجز سواها ، و إذا كان شرط الواقف يقضى بأكثر أو أقل من هذه النسبة أو بما ترى المحكمة أن المصلحة تقضى به فإنها تخالفه بما لها من الولاية العامة بل هو شرط باطل بمقتضى أحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٢ ، أما شرطه عدم العمارة من الريع أو تأخيرها عن كفاية المستحقين فإنه شرط باطل فقهاً.

ب— بيع بعض الأعيان لعمارة باقيها :

٧١٥ — قد قدمت عن هذا الموضوع ما فيه الكفاية حين شرح الفقرة الثالثة من المادة ١٤[١] .

ثانياً — رعاية الوقف والمستحقين

٧١٦ — عالجت المادة ٥٤ أحكام العمارة التى يمكن أن يحتاج إليها فى المستقبل ، أما المادة ٥٥ فإنها تعالج أحكام العمارة المحتاج إليها فعلا وصلة ذلك بالمستحقين . وقد راعى الشارع أن بعض النظار قد اتخذوا من العمارة سلاحاً يرهبون به المستحقين ليكرهوهم على المصادقة على حساب الوقف ، ومنهم من رأى فيها باباً واسعاً يلج منه لأكل أموال الوقف ومنع المستحقين منه وبخاصة إذا كانت أعيان الوقف قديمة البناء أو أرضاً فى حاجة إلى الإصلاح ، وقد يكون فى المستحقين من لا مورد له سوى استحقاقه وقطعه عنه حين العمارة يضر به ضرراً بليغاً وقد يقضى على مستقبل أسرته وخاصة من يكونون فى نهاية أطوار تعلمهم والفتيات المحتاجات إلى الزواج أو الزفاف العاجل والمرضى الذين يحتاجون إلى نفقات العلاج الطويل ، فأراد أن يمنع التحكم والاستبداد ويقضى على طرق الاغتيال وأن يوفق بين مصالح الوقف ومستحقيه ، فأوجب على الناظر إذا احتاجت أعيان

(١) ص (٢٣٢ — ٢٣٤) ، ٢٤٩

الوقف أى أعيان كانت ، أرضاً أومبانى أومنقولات إلى عمارة فعلية أو كان للواقف شرط يقضى بإنشاء ماينمى غلة الوقف ويزيدها واحتاج ذلك الى مايزيد على خمس غلة الوقف فى سنة ولم يرض المستحقون بصرف الزائد عن الخمس فى ذلك السبيل ، أوجب عليه فى هذه الحال أن يعرض الأمر على المحكمة لتبحثه وتأمر بما ترى صرفه من الغلة للقيام بالعمارة على سبيل التدريج أوتأمر بانفاق الريع جميعه فى العمارة أو لتأمر باستخدام الاحتياطى الوارد بالمادة ٥٤ مراعية ما فيه مصلحة الوقف وحاجة المستحقين .

السريان والأطوار :

٧١٧ — وأحكام العمارة بمقتضى عموم المادة ٥٦ تسرى على جميع الأوقاف فى الحوادث السابقة واللاحقة ولكن طبيعتها لا تجعل محلا لتطبيقها فى الحوادث السابقة . وهى لاتنطبق على الأوقاف المبينة بالمادة ٦١ .

وما طرأ على هذه الأحكام من التعديل أثناء الأطوار التى مر بها القانون قد ورد ذكره أثناء الشرح .

٧١٨ — وأحكام المادة ٥٤ ليس فيها خروج على مذهب الحنفية وهى متفقة مع مايؤخذ من عبارة المبسوط وما نقل عن الفقيه أبى الليث ومع القاعدة العامة المتفق عليها بين الفقهاء وهى العمل بكل مافيه مصلحة للوقف .

أما أحكام المادة ٥٥ ففيها خروج عن أحكام هذا المذهب فى بعض الصور إذا كانت العمارة ضرورية . وقد نظرت هذا الموضوع لجنة فرعية من لجنة الأحوال الشخصية وانتهت بعد عدة جلسات الى تقرير هذه الأحكام على أن يكون سندها ماقرره ابن محسود والعبدوسى المالكيان من أنه يفعل فى الحبس ما فيه مصلحة مما يغلب على الظن أنه لو كان المحبس حياً لفعله [1].

أحكام ختامية

مادة ٥٦ — تطبق أحكام هذا القانون على جميع الأوقاف الصادرة قبل العمل به عدا أحكام الفقرات الثلاث الأولى من المادة ٥ والمادة ٨

(١) ص ٣١٦

والشرط الخاص بنفاذ التغيير فى المادة ١١ و بنفاذ الشروط العشرة فى المادة ١٢ وأحكام المادتين ١٦ و ١٧ .

مادة ٥٧ — لا تطبق أحكام المادة ٢٠ على الإقرارات الصادرة قبل العمل بهذا القانون .

ولا أحكام المادة ٢٢ فى الأحوال التى خولفت فيها الشروط الواردة بها قبل العمل بهذا القانون .

ولا أحكام المواد ٢٣ و ٢٤ و ٢٥ و ٢٧ و ٣٠ على الأوقاف الصادرة قبل العمل بهذا القانون التى مات واقفوها أو كانوا أحياء وليس لهم حق الرجوع فيها .

ولا أحكام المادة ٢٦ إذا وقع القتل قبل العمل بهذا القانون .

ولا أحكام الفقرة الثانية من المادة ٣٢ فى الأحوال التى نقضت فيها قسمة الريع قبل العمل بهذا القانون .

مادة ٥٨ — لا تطبق أحكام المواد ٣٢ و ٣٣ و ٣٤ و ٣٥ إذا كان فى كتاب الوقف نص يخالفها ، وذلك بدون إخلال بأحكام المادتين ٢٤ و ٣٠ فى الأوقاف الصادرة قبل العمل بهذا القانون .

مادة ٥٩ — ليس لمن ثبت له استحقاق فى غلة الوقف أو زاد استحقاقه فيها بناء على تطبيق أحكام هذا القانون أن يطالب بذلك إلا فى الغلات التى تحدث بعد العمل به .

مادة ٦٠ — الأحكام النهائية التى صدرت قبل العمل بهذا القانون فى غير الولاية على الوقف تكون نافذة بالنسبة لطرفى الخصومة ولو خالفت أحكام هذا القانون .

مادة ٦١ — لا تطبق أحكام المواد ١٢ و ١٥ و ١٩ و ٢٢ و ٢٣ و ٢٤ و ٢٥ و ٢٧ و ٣٠ و ٣٢ و ٣٣ و ٣٤ و ٣٥ و ٤٠ و ٤١ و ٤٢ ومن ٤٥ لغاية ٥٥ على الأوقاف التى صدرت أو تصدر من الملك ، وكذلك لا تسرى هذه المواد على الأوقاف التى يديرها ديوان الأوقاف الملكية أو يكون له حق النظر عليها سواء أصدرت قبل العمل بهذا القانون أم بعده .

مادة — ٦٢ على وزير العدل تنفيذ هذا القانون ، ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

نأمر بأن يبصم هذا القانون بخاتم الدولة وأن ينشر فى الجريدة الرسمية وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

(صدر بقصر عابدين فى ١٢ رجب سنة ١٣٦٥ و ١٢ يونيه سنة ١٩٤٦) .

سريان أحكام هذا القانون

٧١٩ — البحث فى تطبيق أى قانون موضوعى يتطلب النظر إليه من نواح مختلفة من أهمها طبيعة ذلك القانون لمعرفة ما إذا كان قانوناً أقليمياً لا سيادة له إلا فى حدود الدولة التى أصدرته فلا يطبق خارجها على أحد وإن كان من رعاياها ويطبق داخلها على جميع القاطنين بها ، أو ما إذا كان غير إقليمى فيطبق على رعاياها فى الداخل والخارج ولا يطبق على غيرهم وإن كانوا مقيمين بها . ومن ذلك أيضاً موقع الأعيان ، عقارات كانت أو منقولات ، التى يشتمل ذلك القانون على حكم الالتزامات التى وردت عليها وما يتعلق بإدارتها ، والحوادث التى يمكن أن يطبق فيها ، وهذه النواحى بالنسبة لقانون الوقف تدعو إلى البحث فى تنازع القوانين بالنسبة للأشخاص والأعيان ، والبحث فى الأوقاف التى يطبق عليها ، وفى الحوادث التى تتعلق بهذه الأوقاف .

١ — تنازع القوانين

٧٢٠ — إذا لم يكن هناك عنصر أجنبي فلا سبيل إلى أن ينازع قانون الوقف قانون آخر داخل مصر، وليس شأنه فى ذلك شأن الأحوال الشخصية التى تتنازع فيها القوانين الداخلية بمصر و إن كان تنازعها فى الواقع لا يعدو أن يكون تنازعاً فى الاختصاص الذى يتبعه اختلاف القانون الذى يطبق. أما إذا احتوى الموضوع على عنصر أجنبي فهنا يمكن أن يقع تنازع فى القوانين، والعنصر الأجنبى فى الوقف الذى يؤدى إلى هذا التنازع ليس إلا الواقف والأعيان الموقوفة، أما الناظر والمستحقون فلا أهمية لهم فى موضوع كهذا. ومن قديم قد أثير موضوع الوقف فى مصر، وفى الجزائر وقام نزاع حول صفة الوقف وكان لهذا النزاع شأن كبير فى الجزائر حيث صدر فيها بعد الاحتلال الفرنسى قانون يقضى ببطلان كل تصرف فى الملكية العقارية لا يقره القانون الفرنسى إذا لم يكن خاصاً بالأحوال الشخصية وقد تناولت هذا الموضوع بالبحث أحكام المحاكم والمؤلفون والباحثون. وقد ذهبت المحاكم فى الجزائر إلى أن الوقف من الأحوال الشخصية وأيدتها فى ذلك محكمة النقض الفرنسية. أما المحاكم المختلطة بمصر فذهبت فى أول الأمر إلى أن الوقف من الأحوال الشخصية واعتبرته نوعاً من الهبة والوصية وطبقت القانون الشخصى فيما يتعلق بأهلية الواقف للتصرف، وصحة التصرف عينه باعتباره وصية، والقدر الجائز التصرف فيه. ثم لم تلبث أن عدلت عن ذلك وأعطت للوقف الوصف العينى ورتبت على ذلك أنه يجب أن يخضع للقانون الإقليمى الذى ينظمه وهى الشريعة الإسلامية وأن المحاكم القنصلية قبل إلغاء الامتيازات لا تختص بنظر المسائل المتعلقة بالأوقاف، ثم قام رأى وسط يعتبر الوقف تابعاً للأحوال العينية من ناحية، فينظم القانون الإقليمى شروطه الخارجية، وتابعاً للأحوال الشخصية من ناحية أخرى، فتنظم أهلية الواقف وحقه فى التصرف وما إلى ذلك وفقاً لقانونه الشخصى وقد اتجهت محكمة الاستئناف المختلطة إلى هذا الرأى فى حكم أصدرته سنة ١٩٤٢، ويرى الدكتور عبد المنعم رياض أن الوصف العينى هو الذى يتفق مع طبيعة الوقف وأطال فى الانتصار لذلك وقال إن الوقف فى مصر اعتبر شخصاً معنوياً مصرى الجنسية أياً كانت جنسية الواقف أو الناظر أو المستحق. ويقول المستشار

عبدالعزيز محمد بك أما الرأى السائد فى مصر وفى تونس فهو أن الوقف من الأحوال العينية وقال فى نهاية الاحتجاج لهذا الرأى إن القول بإلحاق الوقف بالأحوال الشخصية يترتب عليه نتائج لا يمكن التسليم بها وهى إبطال الوقف إذا كان يتعارض مع قواعد الميراث وجواز الرجوع فى أحكام الوقف الذى يجريه الجزائرى أو التونسى فى مصر مثلاً إلى غير مبادىء مذهب الحنفى [1].

٧٢١ – هذا موجز لما أبدى بشأن الوقف من ناحية القانون الواجب التطبيق ، والبحث فيما مضى وإن تناول الوقف بوجه عام لم يكن هدفه الأول إلا الجواز وعدمه وجهة الاختصاص أما نواحيه الأخرى فإنه لم يمسها إلا عن بعد ، وقد كان هذا قبل أن تحدد الأحوال الشخصية بمقتضى الاتفاقات والقوانين الداخلية على وجه لا يتناول الوقف ، وكان هذا أيضاً قبل أن يصدر قانون الوقف وهو قانون يشتمل على مجموعة من الأحكام لها طبائع مختلفة . فقد اشتمل على أحكام تتعلق بشكل الوقف وما يترتب على مراعاته أو عدمها من الصحة والبطلان وهى فى الوقت نفسه مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بموقع الأعيان الموقوفة ، واشتمل أيضاً على أحكام متصلة تمام الاتصال بمسائل هى من صميم الأحوال الشخصية التى لا حكم له فيها كالأهلية والحرمان من الإرث ومقادير الأنصباء فى الإرث . كما اشتمل على أحكام فى الاستحقاق لم توضع إلا لحماية الورثة ولا يمكن أن تفصل عن المواريث بحال وتعتبر متممة لها ومن ملحقات الأحوال الشخصية . هذا إلى أن أكثر الأقطار الإسلامية كانت فى تبعية واحدة ، ولكنها الآن صارت دولاً مستقلة وتقوم بها نهضة تشريعية ، فلبنان قد أصدر قانوناً للوقف من أحكامه ما يوافق قانون مصر ومنها ما يخالفه ، وللعراق مشروع قانون لست أدرى ما تم بشأنه ، وقد جارى القانون المصرى فى كثير من أحكامه وخالفه فى مواطن هامة ، وسوريا لا تزال لجانها تعمل ، وهناك الأقطار الأخرى ، ففى الحجاز ونجد يحكم بمذهب الإمام أحمد ، وفى الكويت بمذهب الإمام مالك فى الوقف لأنه ليس

(١) المغفور له الدكتور عبد المنعم رياض . مبادىء الدولى الخاص . الطبعة الثانية ٤٥٧ ، المستشار عبد العزيز بك محمد ، أصول القانون المدنى ، طبع بغداد بمطبعة الأهالى ص (١٠١ — ١١٤) ، المستشار عبد الحميد وشاحى بك ، الدولى الخاص فى العراق ، طبع بغداد بمطبعة التفيض الأهلية ، ص (٢٠٣ — ٣٠٧) ، المستشار محمد على رشدى بك ، مذكرته للجنة قواعد المرافعات ، المرحوم الدكتور أبو هيف الدولى الخاص :

وارد بمجلة الأحكام العدلية ، وفى إيران بمذهب الشيعة الإمامية ، وهكذا . فالبلاد الإسلامية أصبح لهــا فى الوقف قوانين جد مختلفة ، وللمصريين أوقاف وأملاك يمكن أن توقف خارج مصر، ولغير المصريين أوقاف وأملاك يمكن أن توقف بمصر ولأحكام القانون المصرى طبـائع مختلفة ، وإذا كان منها ما يعتبر إقليمياً فمنها مالا مناص من اعتباره شخصياً ولا مناص من أن تعترض المحاكم الشرعية مسألة تنازع القوانين بالنسبة للواقفين والأعيان وشكل العقد ولابد لها من الرجوع فى كل هذا إلى قواعد الدولى الخاص ، فإن هذا القانون كغيره من قوانين المحاكم الشرعية التى لم تمس هذه المسائل لامن قرب ولا من بعد حتى الآن . وقد رأيت أن نطاق كتابى هذا لا يتسع لبحث هذا الموضوع البحث الوافى النافع وأنه فى حاجة إلى كتابة مستقلة فاكتفيت بهذا القدر لأوجه الأذهان بالمحاكم الشرعية إليه .

ب — الأوقاف

٧٢٢ — نصت المادة ٥٦ على أن أحكام هـذا القانون تطبق على جميع الأوقاف الصادرة قبل العمل به ، وهو نص قد أريد منه الاحتياط التام خشية أن يتوهم متوهم أن الأوقاف السابقة ليست إلا عقوداً تمت فى ظل قانون سابق فيجب أن تخضع لأحكامه لا لأحكام القوانين اللاحقة ، كما أريد منه إيراد قاعدة عامة تتلوها الاستثناءات التى اشتملت عليها الأحكام الختامية ، ولولا هذان الأمران لم يكن بالشارع حاجة إلى ذكر هـذا الحكم لأن أحكام هـذا القانون لم يرد بها ما ينص أو يشعر بأنها أحكام خاصة بالأوقاف التى تحدث بعد القانون . فأحكام هذا القانون تطبق على جميع الأوقاف السابقة على العمل به واللاحقة له . وسريان أحكامه على جميع الأوقاف يقتضى حتماً ألا يسرى على هـذه الأوقاف ما يخالف أحكام هذا القـانون ، سواء أكانت أحكاماً فقهية أم كانت أحكاماً قانونيـة كالأحكام المخالفة التى اشتمل عليها قانون وزارة الأوقاف الذى صدر قبل قانون الوقف وقد نص على سريان هذه الأحكام على جميع الأوقاف نصاً عاماً فهى أحكام يجب على المحاكم أن تطبقها فى الخصومات وفى التصرفات على حد سواء ، وسيان أن تكون المحاكم شرعيـة أو غير شرعية ، وبهذا يظهر الفرق بين هذا القـانون وبين بقية الأحكام التى لم ترد به .

استثناء

٧٢٣ — هـذا هو الأصل العام فيما يتعلق بالأوقاف ، غير أن القانون قد استثنى فى المادة ٦١ نوعين من الأوقاف من تطبيق أكثر أحكام هذا القانون وهى أحكام المواد المبينة بالمادة المذكورة .

النوع الأول — الأوقاف التى صدرت أو تصدر من الملك ، ومن البديهى أن المراد به ملك مصر ، ولكن « أل » فيـه ليست للعهد وإنما هى « أل » الجنسية ، فالملك يتناول من يحمل تاج مصر ولقب الملك ، ولا يتناول من كان يحمل لقب والى مصر أو خـديوها أو سلطانها وإن كان له ملك مصر وكان لها استقلال تام . وهذه الأوقاف تشمل الأوقاف التى صدرت قبل القانون أو تصدر بعده متى كانت صادرة من ملك لمصر ، أى أنها صدرت منه وكان حين صدورها ملكا لمصر ، فأحكام هـذا القانون لا تطبق على الأوقاف التى صدرت ممن لم يكن ملكا لمصر ثم صار ملكا لها ، ولا تطبق على الأوقاف التى وقفها ملك لمصر وهو ملك وإن مات أو زال ملكه . ومعنى صدورها منه أنه هو الواقف لها ، فأحكام هذا القانون جميعها تطبق على الأوقاف التى يقفها ملك لمصر بوكالته عن غيره ، فإنها أوقاف ليست صادرة من الوكيل وليست صادرة إلا من الموكل وما الوكيل إلا معبر عن إرادته . ولم يعرض هذا القانون للأوقاف التى يكون لملك مصر حق النظر عليها لأن التقاليد فى مصر تجرى على أن ملكها لا يباشر نظراً ولا إدارة بنفسه ، كما أنه إذا كان النظر لملك على وقف لأنه وقفه فهو مستثنى هنا ، وإن كان له النظر عليه بمقتضى شرط من واقفه أو بمقتضى إقامة من المحكمة وكان يديره ديوان الأوقاف الملكية فهو من النوع الثانى ، وإن كان لا يديره هذا الديوان فقد أريد عدم استثنائه كالأوقاف التى كانت المحاكم تقيم عليها ملك مصر وتديرها وزارة الأوقاف بالوكالة . وقد كان النص الخاص بهذا النوع فى المشروع الأول « الأوقاف المشمولة بنظر الملك » وعدلته لجنة العدل فى المرة الأولى وجعلته « الأوقاف التى تصدر من الملك . . . سواء صدرت قبل القانون أو بعده » فزال الحكم بالنسبة للنظر وأقر مجلس الشيوخ ذلك . وكان فى المشروع الثانى « الأوقاف التى تصدر من الملك أو يكون له حق النظر عليها . . .

سواء أصدرت قبل العمل بهذا القانون أم بعده » فجعله مجلس النواب كما صدر به القانون

٧٢٤ – النوع الثانى – الأوقاف التى يديرها ديوان الأوقاف الملكية أو يكون له حق النظر عليها سواء أصدرت قبل العمل بهذا القانون أم بعده. ومنذ أن أدركنا ديوان الأوقاف الملكية ونحن نعرف أنه لايدير إلا أوقاف الأسرة المالكة ويندر أن يدير سواها كالأوقاف الصادرة من بعض أتباع الأسرة المالكة أو بعض الأوقاف الخيرية التى كان يقام عليها سلاطين مصر أو ملوكها ولا يعرف أنه أدار يوماً أوقافاً للأفراد. والأوقاف التى يكون للديوان حق النظر عليها شاملة لما يكون منها فى إدارته وما لا يكون. وأنا لا أعرف حتى الآن شيئاً عن وجود مثل هذه الأوقاف. وهذا النوع كله لم يكن وارداً بالمشروع الأول الذى أضافت إليه لجنة العدل الأوقاف التى يديرها الديوان. واشتمل المشروع الثانى على الأوقاف التى يديرها والتى له حق النظر عليها سواء أصدرت قبل القانون أم بعده. وجعلها مجلس النواب قاصرة على ما يديره أوله حق النظر عليه وقت العمل بهذا القانون خشية من أن يترتب على بقاء نص المشروع سوء استعماله من بعض الواقفين الذين يريدون الهرب من أحكام القانون التى تحد من شهواتهم فرأت هيئة اللجنتين بمجلس النواب أخذ الحيطة لهذا الاحتمال مع ضعفه وأقرها المجلس على ذلك، ولكن لجنة العدل بمجلس الشيوخ مع أنها أخذت بتعديل صياغة المادة الصياغة التى أقرها مجلس النواب غيرت العبارة الأخيرة منها وجعلتها كما جاءت بالمشروع وقالت إن هذه الأحكام ليس فيها ما يخشى خطره لأن اللجنة على أتم الوثوق من أن ديوان الأوقاف الملكية لا يقبل أن يتخذ وسيلة للتحايل على الفرار من أحكام القانون.

أما أحكام المواد المستثناة فقد بينت ما يتعلق بها أثناء شرح هذه المواد.

ح – الحوادث

٧٢٥ – وكما يدل صدر المادة ٥٦ على التعميم فى الأوقاف يدل على ذلك أيضاً فى الحوادث، فليس لتطبيق أحكام القانون على الأوقاف معنى ألا تطبيقها على الحوادث المتعلقة بها إذ لا يمكن تطبيق هذه الأحكام على أعيانها وذواتها،

والشارع لم يصرح بالحوادث لأنه أراد الإتيان بعبارة موجزة جامعة شاملة حتى لا يفوته شيء وهو فى الوقت نفسه يعلم حق العلم أن من بين أحكامه التى لم تستثن ما نص فيه صراحة على أنه لا يطبق إلا فى الحوادث اللاحقة ، كما أن من بينها ماتحتم طبيعته أن تطبيقه لايكون إلا فى هذه الحوادث . فأحكام هذا القانون تطبق على الحوادث السابقة التى يمكن أن تطبق عليها ما لم يكن فيه نص صريح يقضى بعدم تطبيقها ، ومما يؤكد هذا المعنى الاستثناءات الواردة بالمواد (٥٦ ، ٥٧ ، ٥٩ ، ٦٠) فإنها جميعها استثناءات تتعلق بالحوادث السابقة ، فلولم يكن للقانون سريان على الحوادث السابقة لكان وضع هذه المواد عبثاً لا مبرر له .

٧٣٦ — والاستثناء من التطبيق على الحوادث السابقة قد يكون بنص فى الحكم نفسه كما وقع فى المادة الأولى ، وقد يكون بنص فى مواد هذا الفصل ، وقد يكون ناشئاً من طبيعة الحكم ذاته ، وقد يكون ناشئاً من الواقع وإن كانت طبيعة الحكم لاتأبى ذلك ، أما ماعدا ذلك فإنه يطبق على جميع الحوادث ، ولكن الشارع حريص على ألا يمس الحق الذى اكتسب وتمت ملكيته قبل العمل بالقانون لهذا نص فى المادة ٥٩ على أنه ليس لمن ثبت له استحقاق فى غلة الوقف أو زاد استحقاقه فيها بناء على تطبيق أحكام هذا القانون أن يطالب بحق الاستحقاق أو بحق الزيادة إلا فى الغلات التى تحدث بعد العمل به لا فى الغلات التى حدثت قبل ذلك ، فهو يفرق بين الحق الذى ملك وبين حق الاستحقاق المجرد الذى لا يظهر أثره إلا بعد العمل بالقانون ، فحمى الحق الأول ولم يحم الحق الثانى . فإذا مات مستحق وآل استحقاقه إلى طبقته أو إلى أصل الغلة أو إلى الفقراء بمقتضى الأحكام السابقة وكان بمقتضى أحكام هذا القانون يئول إلى فرعه انتقل هذا الاستحقاق عن المستحقين الذين كان قد آل إليهم إلى من يستحقه طبقاً لأحكام هذا القانون ولم ير الشارع ضيراً فى ذلك لأن حق الاستحقاق المجرد أشبه شيء بالأمل ، غير أن هذا المستحق ليس له أن يطالب بشيء من الغلات التى حدثت قبل ذلك لأنها صارت مستحقة ومملوكة لمن استحقها إذ ذاك ملكاً تاماً فلا يصح أن يسلب منه هذا الملك . والمراد من إثبات المطالبة ونفيها فى المادة المذكورة هو إثبات الحق فى الغلة التى تحدث ونفيه ، أى أن حقه يكون فى الغلة التى تحدث ولا حق

فيما حدث منها و إن كان ثبوت الاستحقاق له يستند إلى سببه السابق على حدوثها، فإذا كانت الغلة السابقة التى كان يستحقها فى يده احتبسها لأنها حق له و إن لم يكن فى ذلك مطالبة ، و إن كان فى يده شىء منها لا يستحقه وجب عليه إعطاؤه لمن يستحقه إذ لا حق له فيه وليس له إمساكه بحجة أن القانون إنما حرمه من المطالبة بهذا الحق لا من الحق نفسه وهو ليس فى حاجة إلى المطالبة . و يرجع إلى مذهب الحنفية فى معرفة معنى حدوث الغلة ، لأن هـذا القانون ليس له كلام فى بيان معناه .

٧٢٧ — وربما كان هذا القانون هو القانون الوحيد الذى يحتاج فى شرحه الى الكلام على الرجعية من الناحية الفقهية لأنه هو الذى دخلت الرجعية فى أحكامه بخلاف قانونى المواريث والوصية اللذين لا رجعية فى أحكامهما أصلاً ، ولكن هذا الموضوع يشغل قسما عظيما من الحلقة الأولى والقول فيه هناك عام شامل وفيه كل الغنى فلا حاجة بى إلى أن أذكر عنها شيئاً فى هذا الشرح .

نفاذ الأحكام القضائية

٧٢٨ — وقد بسطت القول عن الاستثناءات الواردة فى المواد (٥٦ ، ٥٧ ، ٥٨) فى مواطنها من الشرح ، ولم يبق علىّ إلا أن أقول كلمة موجزة عامة فيما يتعلق بنفاذ الأحكام القضائية على طرفى الخصومة و إن خالفت أحكام هذا القانون .

الأصل المقرر أن القضاء يرتفع به خلاف الأئمة فى الأمر المجتهد فيه و به يصير حكم الحادثة المقضى فيها نافذاً على المخالف باتفاق . وهذا ما حمل لجنة الأحوال الشخصية إلى وضع أحكام المادة ٦٠ التى استثنيت فيها الحوادث السابقة على العمل بالقانون إذا كانت قد صدرت فيها أحكام قضائية نهائية تخالف أحكامه ، لأن إهدار هذه الأحكام قد يعز أن يوجد له سند فقهى . وقد تشدد رجال القانون بلجنة العدل أثناء العرضة الأولى أول الأمر فى حذف هذه المادة بحجة أن هـذه الأحكام قد صدرت طبقاً لقانون ألغى و أن الفرع يزول بزوال الأصل ، ولكن بعد أخذ ورد تقرر إبقاؤها .

٧٢٩ — والمادة المذكورة تبين حكم الأحكام ، أى الفصل فى الدعاوى والخصومات ، أما قرارات محاكم التصرفات مهما كانت نهائية فإنها لا تمنع من

تطبيق أحكام هذا القانون و إن كانت مخالفة لها . وتبين حكم الأحكام النهائيـة أما الاحكام الابتدائية فلم تأخذ قوتها و إن كان مأموراً فيها بالنفاذ المؤقت فلا تمنع من تطبيق هذه الأحكام ، وقبول الأحكام النهائيـة للطعون الاستثنائية لا يخل بقوتها ما دامت قائمة فهى مما يمنع تطبيق أحكام هذا القانون إذا خالفتها . وتبين حكم الأحكام النهائية فى غير الولاية على الوقف فهى التى تمنع من تطبيق أحكام هـذا القانون إذا خالفتها ، ومتى أجَلْنا النظر فى أحكام هـذا القانون الذى يمكن أن تكون قد صدرت أحكام نهائية مخالفة لها وجدناها كلها ترجع إلى الاستحقاق إما مباشرة أو بالواسطة . أما الأحكام النهائية الصادرة فى الولاية على الوقف فإنها لا تمنع من تطبيق أحكام هذا القانون التى تخالفها ، يدل على هذا مفهوم القيـد وتؤيده قاعدة أن الفرع يزول بزوال الأصل . ولا حرج فى هذا من الناحية الفقهية فإن مثل هذه الأحكام لا تكون إلا فى استحقاق النظر على الوقف بمقتضى شرط الواقف والقضاء فيها يكون بالاستحقاق لتحقق الشرط فى المدعى لا فصلا بوجوب استمرار النظر له و إن جد ما يقتضى عزله ، وأحكام هذا القانون التى يظهر أنهـا تخالف مثل هذه الأحكام ليست إلا إخراجاً للناظر من النظر وعزله منـه لمصلحة اقتضت ذلك فلا منافاة فى الواقع وشأن المستحق مع صدورها له كشأنه إذا لم تصدر له فلا يمنع نفاذها من إخراج الناظر لمصلحة كما لا يمنع من عزله لخيانة أو عجز ، بخلاف القضاء بالاستحقاق فإنه حكم به للمستحق ما بقى الأمد الذى بينه الواقف فيما يظهر للمحكمة من كلامه .

ولا يسمى حكما إلا ما يشتمل عليه منطوق الحكم ، أما أسـباب الأحكام ، سواء أكانت أسباباً مبررة أم كانت أسباباً عرضية ، فإنها لا تسمى أحكاماً ولا يمنع ما جاء بها من تنفيذ أحكام هذا القانون إذا كانت مخالفة له . وما يشتمل عليـه المنطوق يسمى حكما أياً كان نوعه ، كان حكما بالاستحقاق أو حكما بعدمه كرفض دعوى من يدعى الاستحقاق أو منع المدعي عليـه من التعرض فى الاستحقاق . ومن الأحكام ما تصدره المحاكم القضائية من تفسير شروط الواقفين .

طرفا الخصومة

٧٣٠ — ولم يحترم القانون الأحكام النهائية الصادرة فى غير الولاية على

الوقف إلا بالنسبة لطرفى الخصومة فأبقاها نافذة بينهما و إن خالفت أحكام هذا القانون فلا نفاذ لها بين غير الطرفين و إن كانت تقرر حكماً عاماً فى منطوقها كتفسير شروط الواقفين ، ولا نفاذ لها أيضاً بين أحد الطرفين و بين من لم يكن طرفاً فيها . والمراد بالطرفين مايشمل جميع الخصوم و إن اختلفت وجهات نظرهم وطلباتهم ، ولم يراع فى هذا التعبير إلا الأعم الأغلب . فإذا تخاصم اثنان مع ناظر وقف فى نصيب عقيم مثلا وادعى أحدهم استحقاقاً فيه لعوده إلى أصل غلة الوقف الكلى ، وادعى الآخر استحقاقاً أكثر لعوده إلى غلة الحصـــة ، وادعي الناظر انقطاعه وعوده إلى الفقراء، وحكم فى هذا النزاع كان الحكم نافذاً بين هذين المستحقين وكل من يكون ناظراً على الوقف . و إذا مات أحد المستحقين كان الحكم نافذاً بين المستحق الباقى وكل من يكون ناظراً ، فإذا مات المستحق الآخر لم يبق لهذا الحكم نفاذ .

٧٣١ — والطرف فى الخصومة هو من يكون خصماً فيها . وقد قرر فقهاؤنا أن الخصم،مدعياً كان أو مدعي عليه يكون خصماً إما بنفسه أو بوكيله أو بوليه أو بوصيه (يشمل الوصى والقيم) أو بنائبه . والأصل فى النيابة عندهم أن الحاضر ينتصب خصماً عن الغائب ، حياً كان أو ميتاً إذا كان مايدعي على الغائب سبباً لا محالة لما يدعى الحاضر . وقالوا أيضاً أن الشركاء فى الخلافة عن الميت ينتصب أحدهم خصماً عن الباقين فأحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقين على حد تعبير المتأخرين . ونقل فى القنية أن أحد المستحقين فى الوقف ينتقل خصماً عن الباقين هو حكم فى غاية الاشكال ، ولا يستقيم مع الفقه ولا مع المنطق (١) . ومن النيابة عندهم نيابة أحد العامة عن باقيهم فيما يعتبر حقاً عاماً وبنوا على هذا أن القضاء فيها يكون قضاء على الكافة وذكروا عدة مسائل ، منها ، الوقف على خلاف فيه. وقد سوى الفقهاء بين من يكون حاضر الخصومة بنفسه أو بوكيله أو بوليه أو بوصيه و بين من يكون ممثلا فيها بنائبه فى حق الدفع .

هذا هو ماقرره فقهاؤنا وهو يقتضي عدم التفرقة بين الممثل فى الخصومة بنائبه و بين الخصم الآخر وكان من مقتضى هذه التسوية ألا يعتبر الممثل بنائبه غيراً وألا يثبت له حق الطعن بالتعدى وهذا هو ماتجرى عليه التشريعات التى أخذت بمعارضة الخصم الثالث ، ولكن قانون المحاكم الشرعية قد أعطى الحق فى هذا الطعن لغير من

(١) انظر كتابى « كفاية المتخصصين »

لم يكن محكوماً عليه مباشرة ، وهذا الغير يشمل من حكم عليه حكماً غير مباشر ، وهو الممثل بنائبه ، ومن لا يعتبر محكوماً عليه أصلاً ، و بذلك أعطى للمستحقين فى الوقف حق الطعن بالتعدى فى أحكام الاستحقاق إذا لم يكونوا أطرافاً فى الخصومة بأنفسهم ولا بوكلائهم ولا بأوصيائهم ، وقد سهل هذا على المحاكم الشرعية فيما بعد ، هو وما أظهرته الحوادث ، أن تعتبر المستحق غير ممثل فى الخصومة ولا طرفاً فيها إذا لم يخاصم بنفسه أو وكيله أو وصيه وأن تعتبر الحكم الصادر فى مثل هذه الخصومة غير حجة عليه و إن كان من المقرر فقهاً أن ناظر الوقف هو الخصم الذى يدعِى و يدعَى عليه كل ما يتعلق بالوقف ومنه الاستحقاق فيه ، فهو فى نظر الفقهاء يمثل جهة الوقف والمستحقين .

ولكن العمل قد استقر على ما ذكرت ، ولا ريب أنه عمل عادل وفيه صيانة للحقوق . و إن كان فيه ما ذكرت . وعلى هذا الأساس تكون معرفة من كان طرفاً فى الخصومة ومن لم يكن طرفاً فيها . غير أنه يجب أن يراعى أن ناظر الوقف الذى اعتبر غير ممثل للمستحقين فى الخصومة لا يكون ممثلاً أيضاً لجهة الاستحقاق التى لها من يمثلها سواه أما إذا كانت جهة ليس لها من يمثلها كالفقراء والجهاد والحج وأشباه ذلك فإنه يكون ممثلاً لها و يكون خصماً عنها ، كما يجب أن يراعى أن الفرع لا يتلقى استحقاقه فى الوقف عن أصله كما يتلقى الوارث الإرث عن مورثه بل كل منهما يتلقاه عن الواقف فلا يكون الحكم على الأصل حكماً على فرعه ولا يعتبر ممثلاً له فى الخصومة .

* * *

والحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات . اللهم أحسن إلى من أحسن إلىّ ، واعف عمن أساء إلىّ ، واغفر لى ولوالدىّ وللمؤمنين والمؤمنات . وا كفنا السوء كما شئت وكيف شئت إنك على ما تشاء قدير يا نعم المولى ويا نعم النصير ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

ملحـــق

— ١ —

كنت قد اعتزمت أن يكون لهذا الشرح ملحقات ثلاثة ، يحتوى أحدها على المذكرة التفسيرية وتقارير اللجان البرلمانية ، مع التنبيه على ما أصبح غير معول عليه من المذكرة التفسيرية بعد أن غيرت الأحكام التى تتعلق بها وعلى ماوقع فيها من الأخطاء المطبعية وغيرها ، ويشتمل ثانيها على ما صدر من القوانين المعدلة لقانون الوقف ، ويكون الثالث محتوياً على المبادئ التى قررتها المحكمة العليا الشرعية وما سلكته فى تفسير أحكام هذا القانون مرتباً حسب ترتيب المواد .

هذا ما اعتزمته وأعددته فعلا ، ولكنى أخيراً قد وجدت أن المذكرة والتقارير قد نشرت ، على أن كل مايتعلق بها قد بينته أثناء الشرح فلم تبق هناك حاجة إلى هذا الملحق ، وقد وجدت أن الملحق الثالث سيتضخم به الكتاب وفيه أكبر ضرر للناشرين الذين تورطوا فى تقديرهم قبل أن يرجعوا إلى هذا إلى أن فى المجلات الفنية ما يسد بعض هذا النقص موقتاً لهذا استبعدت هذا الملحق الآن ، ولم يبق إلا الملحق الثانى ، وهو لايحتوى إلا على قانون واحد ، أما مشروع القانون الذى كان قد تقدم به أحد الشيوخ المحترمين خاصاً بنقض القسمة فبعد أن نظرته لجنة العدل وقررت عدم قبوله وعرض على المجلس أعيد إلى اللجنة بطلب المقرر وانتهت الدورة ولم يعرض على المجلس وفى طليعة الدورة التالية تنازل عنه حضرة المقترح وقرر المجلس ذلك . وفى ١٠ مايو سنة ١٩٤٨ تقدم أحد النواب بمشروع قانون معدل للمادة ١١ من قانون الوقف ، وهذا التعديل قد جعل الفقرتين الأوليين من المادة المذكورة فقرة واحدة من غير تغيير فى الألفاظ وجعل الفقرتين الأخيرتين فقرة واحدة معدلة نصها « وللموقوف عليه المشروط له الشروط العشرة ما للواقف من حقوق بعد وفاة الواقف ولا يجوز الرجوع ولا التغير فى وقف المسجد ولا فيما وقف عليه ، ولا يصح الرجوع ولا التغيير إلا إذا كان صريحاً » وقالت المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع « أنه مادام الاستحقاق قد انتقل إلى شخص آخر منحه الواقف الشروط العشرة فقد اقترح فى هذا المشروع أن يكون لهذا الغير ما للواقف من حقوق بما فيها حق الرجوع فى الوقف إذا جد من الظروف مايجعله يرى أن المصلحة فى هذا الرجوع إذ لافارق بينه وبين الواقف . . . » وقد أحيل إلى لجنة الاقتراحات والعرائض فرأت أنه اقتراح بقانون وهو مقبول شكلا . ثم لاأدرى ماذا صنع الله به ، ولا أريد أن أعلق على هذا المشروع بأى حرف .

— ب —

القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٤٧

بتعديل الفقرة الثالثة من المادة الحادية عشرة من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالوقف

(صدر فى ٧ يوليو سنة ١٩٤٧ ونشر فى الوقائع المصرية بالعدد رقم ٦١ فى ١٠ يوليو سنة ١٩٤٧)

أوردت بالشرح ما أثير من الخلاف حول فهم الفقرة الخاصة بوقف المسجد وما وقف عليه (١) . وتقدم أحد حضرات النواب المحترمين بمشروع قانون معدل لهذه الفقرة بحيث يكون نصها « ولا يجوز الرجوع ولا التغيير فى وقف المسجد ولا فيما وقف عليه إذا كان الوقف على المسجد ابتداء » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع أن « قصد المشرع هو الوقف الذى يجعل على المسجد ابتداء أما الوقف الذى ينتهى بعد طبقات مختلفة على المستحقين إلى أن يصبح على المسجد فهو ليس وقفاً على المسجد فى حقيقته بل جعل النص على المسجد كجهة بر لاتنقطع شرطاً لصحة الوقف فقط » . وبعد أن أحيل إلى لجنة الاقتراحات والعرائض أحيل على لجنة الشئون التشريعية وجاء فى تقريرها عنه « رأت اللجنة أن المادة ١١ من قانون الوقف أعطت للواقف حق الرجوع عن وقفه كله أو بعضه إذا لم يكن حرم نفسه من الشروط العشرة أولم يكن الاستحقاق لغيره بمقابل ولكنها حرمت فى فقرتها الثالثة الرجوع عن وقف المسجد وعما وقف عليه ويظهر أنه حدث عند تطبيق هذه الفقرة عملياً أن أبدى بعضهم الرأى بأن المقصود من عبارة وقف المسجد وما وقف عليه هو الوقف ابتداء على المسجد أو أن ينتهى الوقف إليه . وهذا يقضى بحرمان الواقف من الرجوع عن وقفه فى كل الحالات ولما كان هذا ليس المقصود من الفقرة المشار إليها فقد رأت اللجنة الموافقة على التعديل المقترح » . وقد وافق مجلس النواب على ذلك . فالمقترح واللجنة والمجلس يرون أن هذا التعديل تعديل تفسيرى .

ولما عرض المشروع على لجنة العدل بمجلس الشيوخ عدلت الفقرة على الوجه الذى صدر به القانون . وخالفت مجلس النواب فى أن هذا مشروع قانون تفسيرى ورأت الموافقة على التعديل وأقره المجلس وأعيد لمجلس النواب فوافق عليه فى ٣١ يونية سنة ١٩٤٧ . وتعديل مجلس الشيوخ يؤدى إلى نتائج لا يرضاها أحد فانه

---

(١) س ٢٠٥

يبيح الرجوع عما وقف على المسجد وان آل إليه الاستحقاق مادام لم يكن موقوفاً عليه ابتداء ويمنع الرجوع فيما وقف عليه ابتداء وإن كان الاستحقاق فيه وقت الرجوع لغيره .

نصوص القانون (١)

(بعد الديباجة)

مادة ١ — تعدل الفقرة الثالثة من المادة ١١ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بحيث تصبح نصها كالآتى : —

« ولا يجوز الرجوع ولا التغيير فى وقف المسجد ابتداء ولا فيما وقف عليه ابتداء » .

مادة ٢ — على وزير العدل تنفيذ هذا القانون ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

نأمر بأن يبصم هذا القانون بخاتم الدولة وأن ينشر فى الجريدة الرسمية وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

---

(١) أما نص تقرير لجنة العدل عنه فهو :
أحيل مشروع هذا القانون الى اللجنة فى ٢٢ ابريل سنة ١٩٤٧ فنظرته فى جلستى ٥ ، ١٣ مايو سنة ١٩٤٧ ، بحضور حضرة الأستاذ بدوى ابراهيم حمودة وكيل ادارة التشريع بوزارة العدل نائبا عنها وقد تبين لها ما يأتى :—
تنص الفقرة الأولى من المادة ١١ من قانون الوقف رقم ٤٨ الصادر فى ١٧ يونيه سنة ١٩٤٦ على أنه « للواقف أن يرجع فى وقفه كله أو بعضه ، كما يجوز له أن يغير فى مصارفه وشروطه ولو حرم نفسه من ذلك » ولكن الفقرة الثالثة من هذه المادة استثنت من ذلك وقف المسجد وما وقف عليه وقالت « ولا يجوز الرجوع ولا التغيير فى وقف المسجد ولا فيما وقف عليه » وعبارة هذه الفقرة مطلقة تشمل كل وقف ليكون مسجدا ، وكل وقف على مسجد لينفق ريعه على المسجد ولم تميز بين ما اذا كان الوقف على المسجد ابتداء أو كان على غيره ثم يؤول اليه فى النهاية . وبمقتضى مشروع القانون المعروض يراد قصر عدم جواز الرجوع على حالة ما اذا كان الوقف على المسجد ابتداء ، وهذا فى الحقيقة ليس تفسيرا للفقرة الثانية المذكورة بالمادة ١١ من قانون الوقف كما جاء بالمذكرة الايضاحية لمشروع هذا القانون وبتقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب بل هو تعديل لهذه الفقرة ، ومع ذلك فان لجنة العدل بمجلس الشيوخ توافق على هذا التعديل . وقد رأت أنه مقصور على « الوقف على المسجد » أى ما يوقف لينفق ريعه على المسجد ولم يتعرض لوقف المسجد نفسه ، أى وقف العين لان تكون مسجدا ، وترى أنه يجب أن يأخذ حكم الوقف على المسجد بمعنى أنه اذا لم يكن وقف المسجد ناجزا بمجرد صدوره يجوز الرجوع فيه أيضا وينقطع حق الرجوع طبقا للقاعدة العامة اذا أصبحت العين مسجدا بالفعل .

عهد وشكر

فى نهاية هذا الشوط أعاهد إخوانى وأبنائى رجال القضاء الشرعى ورجال الفقه الإسلامى على ألا أقصر فى واجبى نحو الفقه ما بقى فىّ نفس يتردد سائلا الله المعونة والتوفيق .

وبعد فحق علىّ أن أكرر وفير الشكر لحضرات أصحاب الفضيلة السيد منير الهلالى ، والشيخ أحمد فرج سليمان، والشيخ مجاهد الدولتلى ولكل من أعانهم على نشر هذا المؤلف . وللسيد منير الهلالى منة أخرى تذكر فتشكر فقد قدر حالتى الصحية ومشاق الأعمال المتنوعة التى أقوم بها وتقبل راضياً أن يتحمل عنى العبء الأكبر من تصحيح هذا الكتاب أثناء طبعه بمعونة الأستاذ محمد سلام مدكور الذى كان لنشاطه الأثر المحمود كما كانت غيبته فى حملة فلسطين سبباً فى ركودى ركوداً طويلا .

والله أسأل أن يجزى الجميع عنى خير الجزاء .

فهــرس تحليــــلى

التعريف بقانون الوقف (٣ — ٤٥)

إنشاء الوقف وشروطه (٤٨ — ١٤٧)

(١) انظر أيضا ص ٨٩٤

(١) انظر أيضا ٣٦٧ ٠ (٢) انظر أيضا (٣٦٧ ـ ٣٨٩) ٠

ولا فى الاستحقاق • الموازنة بين الوقف والوصية بالمنافع • مالم يعرض له القانون من مسائل القبول • استثناء الجهة (١٣٥) • الممثل القانونى • الممثل لجهة خارج مصر (١٣٦) . متى يتحقق عدم القبول (١٣٧) . انتقال الاستحقاق عن الجهة . انتهاء الوقف ان لم يقبل الممثل (١٣٨) ــ سريان هذه الأحكام (١٣٩) ــ أقوال الفقهاء • القبول • متى يكون القبول أو الرد (١٤٠) • ما يكون به القبول أو الرد • المقابلة والتخريج والآراء (١٤١) •

سابعا ــ معانى عبارات الواقفين • طريقة الفقهاء فى فهم معانيها قديما وحديثا (١٤٣) . أثر طريقة المتاخرين (١٤٥) .المراد بكلام الواقف ــ سريان هذه الأحكام (١٤٦) .

نقد الأحكام والصياغة (١٤٧) •

الرجوع عن الوقف والتغيير فى مصارفه

(١٤٨ ــ ٢٠٧)

١ ــ الرجوع عن الوقف (١٤٨ ــ ١٧١) •

معنى الرجوع . من يملكه (١٤٨) . هو حق متأكد . للواقف أن يوكل فيه • ليس له أن يشترطه لغيره : لا يملكه النائب عن الواقف (١٤٩) • رجوع المحجور (١٥٠) . رجوع الوارث أو الموقوف عليه (١٥١) . ما يمكن الرجوع فيه (١٥٢) ــ المستثنيات • المسجد • ما وقف عليه • المراد بالمسجد (١٥٣) • ما وقف عليه ابتداء أو آل اليه • اذا أصبح المسجد غير موقوف عليه ــ ما وقف قبل العمل بالقانون (١١٥) • الغير • وضع المسألة (١٥٦ ، ٢٥٧) • الحالة الأولى • المراد بالاستحقاق • حرمان الواقف نفسه وذريته من الاستحقاق . ومن الشروط العشرة . لا يتحقق الحرمان عند الاحتمال (١٥٧) . الحرمان من الشروط العشرة (١٥٨) . اشتراطها فى استحقاق آخر . اشتراط بعضها . الجمع بين الواقف وذريته فى الحرمان منها (١٦٠) ــ الحالة الثانية . طائفة من الأمثلة ــ الشق الأول • العوض المالى • المعاوضة (١٦١) • مقابلة الاستحقاق بالعوض . العوض غير المالى (١٦٢) . امثلة للعوض المالى ــ الشق الثانى . ضمان الحق الثابت قبل الواقف • المراد بالحق (١٦٣) أمثلة للوقف ضمانا للحق (١٦٤) • طرق الاثبات فى الحالة الثانية بشقيها • الاقرار • ما يترتب عليه (١٦٥) • رد الواقف العوض ليرجع • حكم ما اذا لم يأت وقت الاستحقاق الذى كان نظير عوض (١٦٦) ــ الأوقاف المحكوم بلزومها . الحكم بذلك استقلالا أو ضمانا . الحكم بالصحة (١٦٧) . الحكم فى نزاع صورى (١٦٨) . ــ شروط صحة الرجوع . أن يكون صريحا . الرجوع المحتمل والرجوع الضمنى (١٦٨) . ان يصدر به اشهاد . عدول الواقف عن طلب الرجوع • موته قبل سماع الاشهاد • عدوله أو وفاته بعد سماع

الاشهاد • الاشهاد ليس شرطا لصحة الرجوع الذى حصل قبل القانون (١٦٩) • أثر الرجوع والحق فيه • لزوم الوقف بالنظر لما عدا الرجوع والتغيير (١٦٩) • ليس للواقف التصرف قبل الرجوع • لا يباع الوقف فى دين طرأ بعد الوقف • منافع الوقف للمصرف • ملكية الواقف للموقوف لا تنافى اللزوم • ثبوت الحق فى توقيت الوقف • احتساب الموقوف فى مال الواقف • ثبوت الاستحقاق • زوال عبء الوقف • ليس للرجوع أثر رجعى (١٧٠) • ما استحدث فى الأعيان الموقوفة • شهر الرجوع • الحقوق التى تترتب على الرجوع قبل الشهر (١٧١) •

ب ـ التغيير فى مصارف الوقف وشروطه : (١٧٢ ـ ١٧٩) .

التغيير لا يشمل الاستبدال • والشروط تتناول الشروط التى لا ترجع الى المصرف . اضافة شروط جديدة . تكرار التغيير (١٧٢) ـ من يملك التغيير • الواقف • حقه فيه لا يسقط بالاسقاط • له أن يوكل فيه • لا يملكه النائب عن الواقف • أهلية الواقف للتغير • السفيه ومن فى حكمه (١٧٣) • تغيير غير الواقف فى نطاق الشروط العشرة وفيما لا يدخل فى نطاقها (١٧٤) • ما يمكن التغيير فيه • التغيير فيما وقف قبل القانون وفيما وقف بعده • أنواع الوقف • ما استثنى (١٧٤) • التغيير فى شرط احتجاز جزء من الريع ليشترى به ما يكون وقفا (١٧٥) • التغيير فى الوقف الخيرى • التغيير فيما وقف على المسجد(١) • قوة الحكم الصادر قبل القانون بأن ليس للواقف حق التغيير (١٧٦) • شروط التغيير • الصراحة • الأشهاد • عدم الاخلال بأحكام القانون (١٧٧) • ما دار حول الشرط الأخير (١٧٨) • أثر التغيير • مقارنة بين أثر الرجوع وأثر التغيير • ليس للتغيير أثر رجعى • شهر التغيير (١٧٩) •

سريان احكام الرجوع والتغيير : الرجوع الصورى . دعوى حصول الرجوع قبل القانون (١٨٠) . التغييرات التى صدرت قبل القانون . ما يقضيه اتساق التشريع . التغييرات التى صدرت بشأنها أحكام نهائية . أثر التغييرات التى صارت صحيحة فى الغلات السابقة • سريان شرط نفاذ التغيير وما دار بشأنه (١٨١) .

اقوال الفقهاء : الخلاف فى لزوم الوقف (١٨١) . اشتراط الخيار (١٨٨) . وقف المريض (١٨٩) . منقطع الأول (١٩٠) . الوقف قبل القبض . الوقف المعلق . الوقف المضاف (١٩١) ـ اشتراط الصراحة ـ اسقاط الحق فى الرجوع (١٩٤) ـ لزوم الوقف بالنسبة للمصارف . مذهب الحنفية (١٩٥) . المذاهب الأخرى (١٩٨) ـ المقابلة والتخريج والآراء (٢٠١) .

الشروط العشرة (٢٠٨ ـ ٢٣٦)

معناها : (٢٠٨) • الاعطاء • (٢٠٩) • الحرمان • الادخال • الاخراج •

(١) انظر الملحق •

الاستحقاق فى الوقف (٣٢٢ — ٧٤٢)

شروط تطبيق هذه الأحكام (٦٤٧) ــ سريانها (٦٤٨) ــ اقوال الفقهاء
نصيب من يموت (٦٤٩) . نصيب من يرد (٦٥٥) نصيب من يحرم (٦٥٦) . نصيب من بطل الايجاب له . عدم وجود الطبقة المستحقة (٦٥٩) . المقابلة والتخريج والآراء (٦٦١) .

٧ ــ نقص الاستحقاق وانعدامه (٦٦٣ ــ ٧٤٢) .

أوضاع توزيع الريع وما يطرؤ عليها (٦٦٣) .

١ ــ المرتبات (٦٦٤ ــ ٧٢٧) .

المرتب لغة وفقها وعرفاً (٦٦٤) . عناصره (٦٦٦) . كونه مقداراً من المال . التعيين (٦٦٧) . التكرار (٦٧١) . الدورية (٦٧٣) المجانية (٦٧٤) . ألا يكون لفائدة الوقف (٦٧٧) . النسبة بين الخيرات والمرتبات والمقدرات . الدوام (٦٧٨) .

أحكام المرتبات (٦٨٤) . استحقاق أصحابها (٦٨٥) . نقصها لانحطاط الغلة . جعل الغلة لبعض الموقوف عليهم (٦٨٦) . اشتراط المرتبات لغيرهم (٦٩٠) . المرتبات (٦٩١) . الغير (٦٩٢) . الوقف(٦٩٣) نصيب المرتبات اذا عرفت الغلة (٦٩٥) . نصيبها اذا لم تعرف (٦٩٦) . تعدد المرتبات (٦٩٩) . المراد من الغلة ومعرفتها (٧٠٠) . المراد بحين الوقف (٧٠٤) . تعدد الوقف (٧٠٥) . اجمال لما تطبق فيه هذه الأحكام وما لا تطبق ــ سريانها (٧٠٦) .

محل المرتبات وقسمة الغلة بينها : المرتبات تشترط فيغلة بعض الأعيان . المرتبات لا يعين الواقف محلها . المراد بالوقف فى المادة ٣٧ (٧٠٨) . المراد بالمرتبات والسهام فى هذه المادة . فاضل غلة باقى السهام بعد المرتبات . قسمة غلة باقى السهام على أصحاب المرتبات (٧٠٩) . المقادير التى ليست مرتبات ــ سريان هذه الأحكام (٧١٠) .

نقص المرتبات لنقص الأعيان : يعمل بكل أسباب النقص اذا تعددت . أمثلة (٧١١) . زوال النقص لزوال سببه . متى يتناول أصحاب المرتبات اكثر من المشروط لهم . ما تشمله المرتبات فى المادة ٣٨ . امثلة (٧١٢) . المقدرات الأخرى . قيمة الأعيان حين النقص . دخول النقص على ماشرط لا على ما هو مستحق (٧١٣) . أسباب نقص الأعيان . المراد بالأعيان (٧١٤) . سريان هذه الأحكام (٧١٥) .

أسباب أخرى لنقص المرتبات (٧١٦) .

أقوال الفقهاء : مذهب الحنفية . وقف عليهم وسمى لبعضهم سهاما وسكت عن بقيتهم وعن بقية السهام (٧١٧) . وقف عليهم وسمى لكل منهم رزقا معلوما ولم يزد . وقف عليهم وسمى لبعضهم أرزاقا معلومة (٧١٨) . وقف عليهم وجعل لغيرهم رزقا معلوما (٧١٩) . وقف وسمى لشخص أو جهة رزقا معلوما وجعل ما بقى لآخرين . وقف وسمى لموقوف عليه سهما

عمارة الوقف (٩٢٣ ـ ٩٣٦)

أحكام ختامية (٩٣٧ ـ ٩٤٩)

استدراك

صفحة	سطر	
٥٣٩	١٠	فى وقف وقفه واقفه
٥٢٠	١٩	لا يحجب أصل فرع غيره
٥٧١	١٢	ثم على أولاد أولاده، وشرط فى هاتين الطبقتين الشرط السابق، ثم على ذريته
٥٨٨	٢٤	أقربون من طبقة أو طبقات أخرى
٧٢٤	٥	سدس الحاصل . . . سدساه . . . ثلاثة أسداسه
٧٧٦	١٠	بعض أعيان أحد الوقفين
٨٣٦	١٦	إلاً ألاً يمكنه الحضور
٨٦٧	١٠	تصرف وقف غير المسلم
٨٧٢	٦	نزاع وكان فى الصلاحية
٨٧٣	١	والصلاحية هى الأهلية
٨٧٩	٧	الخيرية المندرجة
٨٨٦	١٩	الضم مع الأفراد
٨٩٢	٢٣	وعدم العناية بالموقوف
٨٩٣	١٠	أن يعمل كل من المستحقين

